David Baigún

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

(Ensayo de un nuevo modelo teórico)

Depalma

III

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

DAVID BAIGÚN

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

(Ensayo de un nuevo modelo teórico)

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES
2000

I.S.B.N. 950-14-1777-8

©

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

Talcahuano 494

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

A Cecilia y a nuestra continuidad:
Luciana, Alejandra, Santiago,
Alejo, Goran, Nadia,
y el futuro nieto catalán...

PRÓLOGO

En los ordenamientos normativos que han incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea por medio de leyes especiales —en el caso de nuestro país, v.gr., leyes 19.359 (régimen cambiario), 20.680 (abastecimiento), 22.415 (sistema aduanero), 24.769 (tributario)— o del código penal —el reciente Código francés, que rige desde 1994—, el diseño acogido permanece enclavado en el sistema penal tradicional; aun el más avanzado, como el Código de Francia, que implanta la doble imputación, no ha podido superar los conflictos que suscita la aplicación de las categorías clásicas de la teoría del delito.

Nuestra investigación, comenzada hace casi una década, nos ha llevado a la tozuda convicción de que cualquier proyección en la legislación futura debe partir de un modelo teórico específico, construído, es cierto, recogiendo relevantes lineamientos de la teoría tradicional, pero reconociendo como premisa básica la naturaleza cualitativamente diferente de la acción institucional o societal, es decir, de la persona jurídica.

Este libro, como bien lo señala el título en la tapa, es un ensayo, un camino abierto para las enmiendas, rectificaciones o agregados; no aspira a estar exento de lagunas, inserciones imperfectas y hasta desajustes parciales; simplemente, y dicho con total modestia, intenta abrir una vía alternativa, sin que ello signifique desconocer otras variantes que seguramente se hallan ya en gestación.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la necesidad de un modelo teórico no son patrimonio exclusivo del saber penal; representan presupuestos indispensables de la labor legislativa; de las pesquisas de los economistas sobre la

conducta de los sujetos activos de la mundialización; de los estudios que pretenden dar una respuesta al desarrollo sustentable del medio ambiente y de las investigaciones emprendidas por quienes han advertido el protagonismo de las corporaciones —cuyo ropaje normativo es la persona jurídica— en el entramado social; mi propuesta, en definitiva, tiende a fortalecer una modalidad de control, uno de los mecanismos elegidos para neutralizar el comportamiento criminal de tan importantes actores.

Mi agradecimiento a los colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio Gioja" por la paciencia para escuchar mis explicaciones y realizar sugerencias; mi agradecimiento a los alumnos de las carreras de posgrado de las universidades de Buenos Aires y de la Patagonia San Juan Bosco, quienes generaron en mí nuevas reflexiones; mi gratitud a Gisela Balena, Jimena Bertral, Andrea Slipak y Andrea Iost, que han suplido mi total incompetencia en el manejo de la computadora; mi agradecimiento también a Editorial Depalma, la cual, con su habitual generosidad, hace posible la publicación de esta investigación.

EL AUTOR.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO IX

INTRODUCCIÓN

..... 1
El crimen organizado en la etapa de la mundialización. 4
1. La mundialización 5
2. Delincuencia organizada 11
3. Los efectos ocultos 20
4. El protagonista olvidado 22

CAPÍTULO I

NATURALEZA DE LA ACCIÓN INSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE LA DOBLE IMPUTACIÓN

1. El nuevo sistema. Propósitos 27
Adónde nos dirigimos 33
2. Naturaleza de la acción institucional 38
A) La decisión institucional como producto normativo 40
B) La organización 43
C) El interés económico 50
a) Concepto 50
b) La alienación 55
3. Traslado al sistema de imputación. Su reflejo en el nuevo modelo 61
A) Acciones con voluntad social dolosa, voluntad social negligente y omisivas 62
B) Límites 63
C) Comienzo y fin de la acción institucional 67

CAPÍTULO II

TIPICIDAD

..... 71
1. Tipos de comisión con voluntad social dolosa 73
1.1. Tipo objetivo 73
A) Sujeto activo 74
B) La descripción de la acción 77
1.2. Tipo subjetivo 79
A) Los elementos 79
B) El error de tipo 85
2. Tipos de comisión con decisión institucional negligente 87
3. Tipos de omisión 90
A) Propios e impropios 90
B) El tipo subjetivo con voluntad social dolosa de omisión 95
C) El tipo subjetivo con actitud negligente 96

CAPÍTULO III

ANTIJURIDICIDAD

..... 99
1. Las justificantes admitidas 101
A) Legítima defensa 106
B) Estado de necesidad 109
C) Consentimiento 112
2. Eliminación del elemento subjetivo de las justificantes 114

CAPÍTULO IV

LA CATEGORÍA RESPONSABILIDAD SOCIAL

..... 119
1. Aventando sospechas 120
A) La responsabilidad objetiva 120
B) La responsabilidad por el riesgo 122

C) *Strict liability* 123
2. Responsabilidad social. Categoría compleja. Función.. 125
3. Tipo de responsabilidad social 127
4. Elementos 130
A) Atribuibilidad 130
a) Conexión con la imputación objetiva. Asignación de riesgos 132
b) Distribución de roles 140
B) Exigibilidad de otra conducta 145
a) El acto de desviación o apartamiento 147
b) Valoración de la exigibilidad 151
5. Conclusiones. El juicio de responsabilidad social..... 166

CAPÍTULO V

TENTATIVA

1. La recepción de la tentativa en el modelo *ad hoc*..... 169
A) Voluntad social dolosa 170
a) Idoneidad de los medios y realidad del objetivo 172
b) El comienzo de realización del tipo..... 173
c) Falta de consumación..... 176
2. Los actos preparatorios. Delimitación con la tentativa 177
3. El desistimiento. Tentativa inacabada y acabada 179
4. Las circunstancias ajenas que evitan el resultado (consumación) 183
A) Supuesto en que la acción institucional es realizada por los propios funcionarios del organismo (sin intermediación)..... 183
B) Supuesto de intermediación..... 184

CAPÍTULO VI

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

..... 187
1. Autoría. Presupuesto básico 188

A) ¿Cuándo decimos que la persona jurídica es autora? ... 189
B) El dominio del hecho en los delitos de omisión .. 194
C) El principio de accesoriedad ... 195
2. Autoría mediata ... 198
A) Principios generales ... 198
B) Los casos de autoría mediata por variantes en la actuación del instrumento ... 202
a) Instrumento que actúa sin voluntad social dolosa 202
b) Instrumento que actúa con error invencible sobre un elemento del tipo permisivo ... 203
c) Instrumento que actúa "conforme a derecho" ... 204
d) Instrumento negligente o impropio ... 204
e) El instrumento que actúa amenazado o con miedo ... 205
f) El instrumento en un aparato organizado de poder ... 206
3. Coautoría ... 208
A) Principios generales ... 209
B) Coautoría mixta ... 210
C) Modalidades de la coautoría ... 211
a) Autoría paralela o concomitante ... 212
b) La coautoría ... 212
4. La participación estricta ... 218
A) Instigación ... 219
B) Complicidad ... 221
5. Excurso: el actuante en lugar de otro ... 225

CAPÍTULO VII

CONCURSO: UNIDAD Y PLURALIDAD

1. Unidad de acción institucional ... 229
2. Cuadro sistemático en la teoría del concurso ... 232
A) Concurso ideal ... 233
B) Concurso aparente de leyes ... 235
a) La regla de la especialidad ... 236
b) La regla de consunción ... 237

c) La regla de subsidiariedad 238
d) La regla de alternatividad 239
C) Concurso real 240
D) Delito continuado 241

CAPÍTULO VIII

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Fin de la pena y justificación. Disfuncionalidad. Daño social 245
2. Naturaleza de las penas y medidas de seguridad 258
3. Clases de penas y medidas de seguridad 261
A) Las penas 261
a) Cancelación de la personería jurídica 262
b) La multa 264
c) Suspensión total o parcial de actividades 266
d) Prohibición de determinadas actividades funcionales y operaciones 267
e) La pérdida de beneficios estatales 268
f) Publicidad de la sentencia 268
g) Prestaciones obligatorias 269
h) Confiscación 269
B) Las medidas de seguridad 270
C) Suspensión de la pena y medidas de seguridad. Sustitución 271
4. Determinación y personalización de las penas y medidas de seguridad 272
A) La responsabilidad social como presupuesto 274
B) El marco penal como presupuesto 274
C) Los factores en la valoración 276
a) El fin corrector de la pena y de la medida de seguridad 277
b) La conducta de la persona jurídica en el marco económico-social 279
c) La víctima 282
D) La personalización de la sanción 283
E) La síntesis valorativa 284
F) Exención de pena, renuncia y suspensión de la conducta 286

INTRODUCCIÓN[1]

En un trabajo publicado hace varios años[2] sostuvimos que el protagonismo de las personas jurídicas en el derecho penal había arribado a una fase crítica; el derecho penal moderno, al igual que el civil, se asienta sobre dos pivotes: la libertad y la propiedad, aunque, como bien dice Gramsci —recordado por Goldenberg—[3], la primera subordinada a la segunda. La codificación napoleónica se estructura sobre la base de la persona humana, del hombre como titular de su autonomía; traslada a su tectónica la oposición persona-cosa, extraída del derecho civil, y construye, a partir de esa relación, los bienes jurídicos protegidos. Es este hombre con la capacidad de autodeterminación, y opuesto a las cosas, el centro del sistema penal liberal, génesis de los diversos códigos del siglo XIX[4].

Esta concepción del derecho penal, apta para los comienzos de la sociedad de mercado, exhibe pronto sus de-

[1] Gran parte de esta Introducción ha sido anticipada en el trabajo publicado en *Derechos y garantías en el siglo XXI* (Aída Kemelmajer de Carlucci y Roberto M. López Cabana, directores), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, ps. 237 y ss.

[2] David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta. La responsabilidad (Homenaje al profesor Isidoro H Goldenberg)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 869.

[3] *Daño a los derechos de la personalidad*, en *Derecho de daños* (Primera parte), dirigida por Félix Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 345, n. 20.

[4] Henrique Da Silva Seixas Meireles, *Marx e o direito civil (Para la crítica histórica de "Paradigma civilístico")*, Coimbra, 1990, p. 396. Desde una óptica democrática moderna, ver Jorge Vázquez Rossi, *El derecho social de la democracia*, "Revista de Estudios Procesales", Rosario, 1987.

sajustes; la aparición de los *holdings*, *trusts*, monopolios, fusiones y sus formas jurídicas no se compadecía con una ley penal que apuntaba fundamentalmente a tutelar al sujeto-propietario y sus objetos cuando en la realidad emergían el daño macrosocial y los agentes supraindividuales. Es cierto que el esquema seguía siendo útil para solidificar el principio de selectividad —marginación del área de protección de los sujetos no propietarios— y fortalecer la impunidad de las corporaciones que aparecían con visible protagonismo, pero, al mismo tiempo, lesionaba las reglas del intrasistema capitalista, que exigía el libre juego de la competencia en las variantes del mercado[5].

Es marcadamente otra la situación en la esfera del derecho civil. Si bien éste se erige sobre las dos columnas mencionadas —libertad y propiedad—, y, como lo señala Goldenberg[6], acoge plenamente el ideario del liberalismo, no registra, sin embargo, la misma idoneidad y tampoco insensibilidad frente a los problemas que plantean el desarrollo de la industria, la gran producción de bienes, la concentración de los medios de producción, la diferente organización del comercio y los trasportes, las modernas formas de riqueza[7]; con los obstáculos y polémica que supone todo pensamiento innovador, ensaya una respuesta doctrinal, tanto respecto del ámbito de los sujetos de la acción como de la esfera de la responsabilidad por el daño macrosocial. En el primero, con la elaboración de diversas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas; en la segunda, con la tesis del riesgo creado, que extiende la objetivación de la responsabilidad patrimonial y, ya en la etapa contemporánea, genera un sistema unitario de responsabilidad estruc-

[5] Sherman Antitrust Act, en Estados Unidos, que fracasó en su funcionamiento según estadística. De 1890 a 1940, sólo diez sentencias condenatorias (Linda Weiss Malik, "Toledo Law Review", vol. 17, nº 2).

[6] Isidoro Goldenberg, *Indemnización por daños y perjuicios*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 38.

[7] Ídem, p. 38.

turado sobre un fundamento o principio capital, con prescindencia de la pluralidad de fuentes que pueden confluír para sustentarlo[8]; sin deponer la culpa, completa su evolución con los principios de prevención (Marton) y restitución (Aguiar Dias) de los que da cuenta Goldenberg en el libro citado.

Estamos ya en los comienzos del siglo XXI. Si, como se advierte, la doctrina del derecho civil, sin una ruptura con los principios teóricos, contempla de modo más o menos satisfactorio las consecuencias por el daño macrosocial y la responsabilidad de las personas jurídicas (Estado, corporaciones), no sucede lo mismo con el derecho penal, que permanece aferrado a la teoría del delito de la centuria pasada, aunque en las últimas décadas se hayan observado algunos cambios.

La escisión en el desarrollo de los dos derechos no es producto del azar. Si la obligación de reparar por parte del Estado o de las corporaciones puede ser justificada sin violentar las estructuras en el plano civil, en cambio, la aplicación de la pena de privación de libertad o el traslado del principio de culpabilidad resultan inconciliables con la esencia de la persona jurídica; la solución del problema de la responsabilidad penal de estas entidades aparece, entonces, como un dato decisivo de la bifurcación histórica, sin olvidar, además, que el daño macrosocial, ligado a la actividad de las corporaciones y del Estado como dijimos, está aún pendiente de una clara definición, no obstante su trascendencia como resultado típico de los delitos económicos y ambientales.

Son muchas las razones que históricamente se suman en contra de la recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; no sólo en el ámbito normativo sino también en el sociológico y político [9]. La índole de este tra-

[8] Ídem, p. 40.

[9] Es innegable la renuencia de los penalistas liberales a considerar a la persona jurídica como sujeto diferenciado en el sistema penal; la res-

bajo nos impone un límite en estas consideraciones y acota nuestro objetivo a una cuestión esencial: la posibilidad de construír un modelo *ad hoc*[10] de la teoría del delito para las personas jurídicas que en la actualidad, obviamente, está unida a la conveniencia de su utilización dentro de una estrategia enderezada a neutralizar el fenómeno de la criminalidad contemporánea, erróneamente denominada "crimen organizado".

EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA ETAPA DE LA MUNDIALIZACIÓN.

Los estudios realizados en las dos últimas décadas en torno de la delincuencia contemporánea abordan insoslayablemente la llamada delincuencia organizada (*"organized crime"*) y su vinculación con el fenómeno de la globalización o mundialización; la gravitación de esta temática aparece nítidamente, no sólo por la circunstancia de haber sido aprehendida por algunas legislaciones sino, también, porque ha ingresado al campo teórico con aspiraciones de categoría inédita[11].

---

ponsabilidad de la corporación, puntual adversaria de la legislación inspirada en la Revolución Francesa, sigue siendo hasta hoy la contrapartida de un sistema penal garantista, asentado en la autodeterminación de la voluntad. El Estado autoritario, que desconoce la responsabilidad individual como apotegma, hereda las críticas de quienes visibilizan la contraposición individuo-corporación; es ilustrativa en este sentido la posición de Luis Jiménez de Asúa. Ver *El criminalista*, Tea, 1948, t. VIII, ps. 152 y ss. Sobre los antecedentes históricos, ver la novísima y excelente monografía de Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, "Introducción".

[10] La posibilidad de un sistema *ad hoc* ya ha sido anticipada en el trabajo mencionado en nota 1.

[11] La Asociación Internacional de Derecho Penal, con el epígrafe "Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", ha destinado su XVI Congreso (Budapest, setiembre de 1999) a los problemas de la parte general, la parte especial, el procedimiento y el derecho penal internacional.

Se hace necesario incursionar, por consiguiente, aunque en forma breve, en esta problemática, no sin antes detenernos en los rasgos salientes del fenómeno de la mundialización invocado permanentemente como el nuevo "hábitat" del crimen organizado.

1. *La mundialización.*

Mundialización y globalización son usados en la crónica periodística y en la literatura científica con significado equivalente; según explica François Chesnais[12], el calificativo de global proviene de las escuelas de gestión de empresas, las célebres *"business management schools"* de Harvard, Columbia, Standford. El término mundialización, en cambio, se genera en la bibliografía francesa, con acogida frecuente en los organismos europeos; responde, como veremos más adelante, a la misma cosmovisión, aunque tal vez sea más próxima a la realidad en cuanto a que, a diferencia de globalidad —que aparece como circuito más cerrado— apunta a la idea de que la liberalización y desregulación deben ser llevadas hasta sus últimas consecuencias, sin límites para los movimientos de las empresas, y permitir de este modo que todos los dominios de la vida social sean sometidos al patrón del capital privado.

No es la cuestión semántica la que aquí interesa; mundialización y globalización pueden ser tomados como conceptos sinónimos. Según Chesnais, la mundialización expresa una fase específica del proceso de internacionalización del capital y de su puesta en escena a escala del conjunto de las regiones del mundo donde se localizan los recursos y mercados, fenómeno que debe ser examinado no sólo como unidad totalizadora, sino en virtud de cada una de sus partes[13]. Es el resultado conjunto de dos movimientos estrechamente interconectados, pero, sin embargo, distintos:

[12] *La mondialisation du capital*, Syros, Paris, 1994, ps. 14 y ss.
[13] Ob. cit., p. 22.

de un lado, la fase más larga de la acumulación ininterrumpida del capital a partir de 1914 y, de otro, las políticas de liberalización, privatización y desregulación, acompañadas del desmantelamiento de las conquistas sociales y democráticas.

Con referencia al primer movimiento, la concentración es, sin duda, el eje dominante, no sólo en el ámbito industrial y comercial, sino en el financiero. Son los oligopolios mundiales los que han trastrocado el modelo tradicional de mercado y la organización de las relaciones entre los grandes emporios; más que una estructura de demanda y oferta, se ha construído un espacio de rivalidad, producto de la expansión de los grandes grupos, de sus inversiones cruzadas y de la centralización del dominio por medio de las adquisiciones —parciales o totales— y de las fusiones.

Si es cierto que la mundialización aparece en las últimas décadas como un estadio del capitalismo con rasgos propios, las etapas anteriores prenunciaban su conformación. Adolfo Berle[14] señala que en los Estados Unidos, ya en 1966, entre el 75 % y el 80 % de todas las actividades de manufactura, minería, trasporte, obras públicas y comercio estaban en manos de un millar de grandes corporaciones, mientras que el porcentaje restante se dividía entre millones de pequeñas y medianas empresas, y que algunas de las gigantes —entre ellas, la General Motors Corporation— registraban ingresos brutos superiores a los de todas las naciones del mundo con excepción de los Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia (en ese momento, Unión Soviética).

En el plano mundial, el proceso es similar en todos los países centrales y va acompañado de la creciente internacionalización de la economía; en un libro contemporáneo, Paul Kennedy[15] destaca el pronunciado cambio en la inter-

[14] *Pequeñas y grandes corporaciones en la economía norteamericana*, Paidós, Buenos Aires, 1967.

[15] *Hacia el siglo XXI*, trad. de Juan Gabriel López Guise, Plaza y Janés, Barcelona, 1993, cap. III.

nacionalización de la producción y los negocios financieros adentrada la posguerra (1945), específicamente en la década de 1970, a partir de la decisión de los Estados Unidos de abandonar el patrón oro[16]; el hecho importante es que se produjo no sólo el incremento del comercio mundial, sino también el crecimiento y fortalecimiento del área financiera, cada vez con mayor autonomía respecto de la industria y comercio mundiales. Este fenómeno, acompañado por las desregulaciones monetarias y la revolución de las comunicaciones, contribuyó a la rápida globalización, como es visible para todos. Los mercados se convirtieron en unidades como resultado de la capacidad de los ordenadores, "*softwares*", comunicaciones satelitales, cables de fibra óptica y trasferencias electrónicas a alta velocidad; el crecimiento de los flujos financieros elevó el monto de las operaciones a cifras inimaginables décadas atrás; en los finales del decenio 1980-1990, el flujo diario de moneda extranjera representó alrededor de un billón de dólares, y el 90 % de las transacciones carecían de relación con el comercio o la inversión del capital[17].

Son las cifras los mejores índices de la trasnacionalización y concentración; según un estudio de Frederic C. Clairmont[18], en los comienzos de 1990, 37.000 firmas trasnacionales, con 170.000 filiales, "encerraban en sus tentáculos" la economía internacional; entre ellas, un círculo reducido de 200 monopolizaba el dominio del poder. En la esfera del P.B.I. mundial, del 17 % registrado en 1960 saltaron al 24 % en 1980 y a más del 30 % en 1995. Las actividades de las 200 hegemónicas cubren en su irradia-

[16] Ídem, p. 69, donde señala que el viraje se produjo por la presión de las multinacionales, que exigían la liberación del cambio para facilitar su acción en los mercados.

[17] Ejemplo conocido es el de los Fondos Quantum (Grupo Soros); en la actualidad manejan 24.000 millones de dólares, cifra que supera el monto total de las exportaciones argentinas ("Clarín", suplemento Zona, 7/2/1999).

[18] "Le Monde Diplomatique", abril de 1977, ps. 16 y 17.

ción planetaria todos los sectores (primarios, secundarios y terciarios); agrícolas, producción manufacturera, servicios financieros. Emplazadas geográficamente en los países centrales —salvo el caso de Corea del Sur y Suiza—, el ritmo actual de crecimiento indica que en el año 2000 el monto de las transacciones alcanzará aproximadamente los 10.000 millares de dólares, cifra que supera el P.B.I. de los Estados Unidos (en 1996, de 7600 millares de dólares).

Como señalamos en un párrafo anterior, el segundo movimiento al que alude Chesnais abarca la política de privatizaciones, liberalización, desregulación paralela con la demolición del Estado-nación y desmantelamiento de las conquistas sociales. No sólo se produce el seccionamiento de la función estatal de control, sino que, fundamentalmente, se fortifica el papel del Estado como un instrumento de pulsión de las grandes inversiones y del proceso de concentración. Clairmont, en el estudio mencionado, pone el ejemplo de las enormes subvenciones y privilegios fiscales acordados por los gobiernos del Reino Unido e Irlanda, en su calidad de países centrales, y las facilidades otorgadas por los países del Este europeo (ex socialistas) como lugares de acogida de los capitales trasnacionales.

El desmantelamiento de las conquistas sociales no es un eufemismo; el incremento de la desocupación registrado por la Organización Internacional del Trabajo (setiembre de 1998) se traduce claramente en cifras: a esa fecha, el desempleo y subempleo a escala mundial abarcan 1.000 millones de personas, un tercio de la fuerza laboral en el globo; 150.000.000 de desocupados y 850.000.000 de subempleados[19]. Y concomitantemente con estos números, trepa el índice de pobreza; según el Centro de Información de la ONU (1997), el 29,4 % de la población mundial (1.314 millones) vive debajo de los niveles mínimos de subsistencia,

[19] "Clarín", 24/9/1998.

con el agregado de que este registro tiende al aumento y no a la disminución[20].

Este escueto panorama de la mundialización permite, no obstante su incompletitud, ubicar a la corporación como la real unidad económica de nuestro tiempo; ya lo anticipó, con una concepción precisa, la difundida obra de Baran y Sweezy[21]: "Debemos reconocer que la competencia, que fue la forma predominante en las relaciones de mercado del siglo XIX, ha cesado de ocupar esa posición, no sólo en Inglaterra, sino *en todas las partes del mundo capitalista*" (la bastardilla es nuestra). Hoy, la unidad económica típica en el mundo capitalista no es la pequeña firma que produce una fracción insignificante de una producción homogénea para un mercado anónimo, sino la empresa de gran escala que produce una parte importante del producto de una industria o de varias, y que es capaz de controlar el precio, el volumen de su producción y los tipos y cantidades de sus inversiones; la unidad económica típica, en otras palabras, tiene los atributos que, alguna vez se pensó, eran privativos de los monopolios.

A las caracterizaciones de Baran y Sweezy se suman, sin duda, otras notas que la bibliografía moderna identifica como genuinas de la mundialización; las trasnacionales son simultáneamente corporaciones localizadas y desterritorializadas[22]; se desplazan y amplían la red de interdependencia conforme a sus intereses; concurren con los Estados en

[20] Declaraciones de la directora del Centro de Información de la ONU ("El País", Madrid, 17/4/1997). En igual sentido, ver los datos suministrados por Ignacio Ramonet en *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, con nota periodística de Alejandro Horowicz ("Clarín", Zona, 14/2/1999). Las doscientas empresas más importantes del planeta representan más del 25 % de la actividad económica mundial, pese a que no emplean a más de 18,8 millones de trabajadores, esto es, menos del 0,75 % de la mano de obra mundial.

[21] *El capital monopolista*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972, p. 10.

[22] Octavio Ianni, *Teoría de la globalización*, 3ª ed., Siglo XXI, Méjico, 1996.

el manejo del poder, con distintas variantes que van desde la coparticipación pacífica hasta la presión visible o subterránea, aunque en ocasiones se contraponen o lo utilizan como autoridad dirimente de sus conflictos, especialmente cuando la solución no se ha logrado a través de la absorción, amalgama o fusión; la única regla válida es la obtención del interés económico proyectado, que sigue siendo la matriz de la acumulación de capital.

Pero, como se extrae de la investigación de Clairmont[23] y de los aportes de Octavio Ianni[24], la mundialización también internacionaliza los ritos, es decir, los patrones y valores que normativamente permiten construír las redes de interdependencia y alcanzar los objetivos de las trasnacionales[25]. El dato complementario que anota Ianni es la visible occidentalización de este diseño, esto es, la adopción de los patrones y valores socioculturales de los Estados Unidos y Europa, que se instalan en los diversos rincones del mundo no obstante la diversidad de instituciones originadas en culturas, sociedades, nacionalidades y civilizaciones diversas.

Es difícil predecir las ulteriores etapas de la mundialización; si de una parte se observa un avance ininterrumpido en la concentración, la superación y disolución de barreras de todo tipo, la incorporación de las pautas de las trasnacionales en las recomendaciones y directivas de los organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), el colapso de los mecanismos de control en los Estados periféricos, de otra parte reflota con nueva terminología el intento de algunos Estados centrales por morigerar la capacidad de acción de los grandes emporios. Sin duda que la prognosis sobre la evolución de este proceso es privativa de los economistas y sociólogos;

[23] "Le Monde Diplomatique", abril de 1977, ps. 16 y 17.

[24] Ob. cit., p. 59.

[25] Aquí tomamos el término trasnacional como sinónimo de supranacional. Ver nota en el capítulo sobre "Naturaleza de la acción institucional".

pero, entre tanto, la práctica social requiere la solución de los conflictos y es tarea de los juristas hallar en su área específica los instrumentos idóneos para resolverlos.

En el contexto de la globalización, los requerimientos de las corporaciones, por su actividad en el mercado o en el llamado espacio de rivalidad, ponen en escena, inexcusablemente, a la persona jurídica, su ropaje normativo; como lo hemos reiterado, son los sujetos de la acción, tanto en la esfera legitimada como en la que se registran los hechos reprobados socialmente. ¿Pero cuál es su relación con la denominada delincuencia organizada?

2. *Delincuencia organizada.*

No obstante los esfuerzos de la literatura especializada, el abordaje específico de congresos y reuniones científicas, leyes que la contemplan como un nuevo comportamiento delictivo, la categoría "delincuencia organizada" no ha conseguido, hasta hoy, una definición coincidente. En cambio, aparece como una idea casi unánime la preocupación por encontrar respuestas dentro del sistema penal y, lo cual es más inquietante, a costa de la reducción de varias de sus garantías tradicionales. El conflicto se plantea, pues, asimétricamente, entre un fenómeno que carece de un circuito conceptual y una contracara concreta, con potencialidad suficiente para lesionar bienes tangibles.

Zaffaroni recuerda que la expresión *"organized crime"* es oriunda de los Estados Unidos; tiene su plataforma de arranque en la preocupación de los criminólogos por explicar los fenómenos delictivos con pluralidad de agentes y el grado de dañosidad social, pero los caminos usados han sido tan diversos que resulta imposible en la actualidad hallar una concepción homogénea que abarque los diferentes comportamientos colectivos[26]. Pero el *"organized crime"* ha

[26] *El crimen organizado: una categoría frustrada,* "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", edición en homenaje a Ricardo Núñez, Nueva Serie, nº 1, Córdoba, 1995, ps. 251 y ss.

superado las fronteras de los Estados Unidos y es hoy, como dijimos, moneda corriente en el ámbito mundial, con la misma gama difusa que registra su vientre materno.

Demostración clara de este aserto son las conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada: blanqueo de capitales, actividades terroristas, hurto de objetos artísticos y culturales, hurto de bienes intelectuales, tráfico ilícito de armas, secuestro de aeronaves, piratería marítima, secuestro de vehículos terrestres, fraude en materia de seguros, delitos informáticos, delitos ambientales, tráfico de personas, comercio de partes del cuerpo humano, tráfico ilícito de drogas, quiebra fraudulenta, infiltración en negocios ilícitos, soborno y cohecho de funcionarios públicos, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos, y soborno y cohecho de representantes elegidos. En un documento más reciente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, resultado de la reunión informal sobre la posible elaboración de un convenio internacional sobre la delincuencia trasnacional organizada (Palermo, Italia, 6/8 de abril de 1997) se entiende como actividades de la "delincuencia organizada"[27] el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, la trata de personas, falsificación de moneda, tráfico ilícito o robo de objetos culturales, robo de material nuclear o su uso indebido, actos terroristas, tráfico ilícito o robo de armas y materiales o artefactos explosivos, tráfico ilícito o robo de vehículos de motor y corrupción de funcionarios públicos.

En Alemania[28], aunque más acotada la enumeración, la indeterminación no es menor; se la conceptúa como una

[27] *Consejo Económico Social. Cooperación Internacional contra la Delincuencia Trasnacional. Posible elaboración de un convenio internacional contra la delincuencia trasnacional organizada*, Palermo, Italia 6/8 de abril de 1997.

[28] Edwin Kubey Jörg y Martin Jehle, *The criminal justice system facing the challenge of organized crime*, "Revue Internationale de Droit Pènal", 3º y 4º trimestre de 1997, Erès, Toulouse, France, 1998, ps. 177 y ss.

estructura que aparece en diferentes actividades delictivas, principalmente en el narcotráfico, lesiones a la propiedad, crímenes económicos, falsificación de moneda, crímenes relacionados con la actividad nocturna, o crímenes violentos, comercio ilegal de armas, crímenes nucleares. Tan ambigua como esta enunciación es, por ejemplo, la iniciativa de la ley federal en Méjico (1996) —hoy convertida en ley— que, después de su pretensión de definir un tipo penal de delincuencia organizada remite los comportamientos a ocho delitos: terrorismo, narcotráfico, falsificación o alteración de moneda, lavado de dinero, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, secuestro y robo de vehículos[29].

Podríamos seguir agregando ejemplos[30], pero la conclusión es la misma: no existe siquiera coincidencia aproximada acerca de cuáles son los delitos abarcados por la etiqueta "delincuencia organizada". Es cierto que se da prioridad, en general, al narcotráfico, al lavado de dinero, al comercio ilegal de armas y la trata de blancas por su crecimiento inédito (v.gr., un informe de Naciones Unidas estima que en 1990 el negocio de la droga alcanzó la cifra de 500.000 millones de dólares, y el producto de la venta de heroína, cocaína y marihuana, disponible para el blanqueo o inversión, frisaba los 85.000 millones)[31], pero las estadísticas sobre estos rubros no han sido confrontadas con las que requieren otros comportamientos también considerados parte del mapa global de la delincuencia organizada.

Si el cuadro se presenta desmembrado en cuanto al *numerus clausus* de los delitos comprendidos, no lo es menos respecto de la definición de delincuencia organizada como

[29] Informe de Luis Fernández Doblado. Coloquio cit. en nota anterior, ps. 894 y ss.

[30] En el mismo volumen, ver informes nacionales.

[31] Raúl Cervini, *Crimen organizado*, de Luiz Flávio Gomes y Raúl Cervini, Ed. Revista dos Tribunais. En p. 248 afirma que en 1997 —fecha de edición del libro—, el negocio de los estupefacientes en los Estados Unidos representaba 240.000 millones de dólares. En Colombia, según datos del Ministerio de Gobierno (11/7/96), los carteles de la droga colombiana reciben anualmente 8.000 millones de dólares.

tipo penal específico. Las legislaciones que han incorporado un modelo particularizado (Italia, ley 646 de 1982, art. 416 bis Código Penal; Brasil, ley 9034, 3 de mayo de 1995) no escapan del esquema de la asociación ilícita aunque acudan a tipos casuísticos, preñados de elementos subjetivos y sociológicos —el caso italiano—[32] o a tipos extremadamente abiertos —ley brasileña—[33]. De igual modo, los organismos internacionales que han abordado el problema no se apartan de esta óptica aun cuando les asignen a las organizaciones delictivas estructuras "similares a las de las grandes empresas tradicionales", o una composición de redes de pequeñas y grandes magnitudes[34], o señalen directamente componentes tales como jerarquía piramidal, división funcional, planificación empresarial con objetos ilícitos, capacidad tecnológica profesional, diversificación de áreas territoriales operativas, conexiones con el poder legal y potencial poder intimidatorio[35].

Se trata, como no se le oculta al lector, de variantes cualitativas y cuantitativas de las tradicionales asociaciones ilícitas previstas por la mayoría de los códigos penales; ni las nuevas y refinadas técnicas en materia de comunicación, ni la extensión de áreas geográficas, ni la calidad de violentas o sigilosas, ni la frecuente aproximación al poder político, ni las reglas culturales como el silencio trastruecan la esencia del tipo penal básico; sostener que la delincuencia organizada puede reclamar la construcción de un tipo nuevo especial parece, entonces, tarea imposible[36].

[32] Informe, Sergio Moccia. Coloquio Nápoles, cit., p. 854.

[33] Luiz Flávio Gomes y Raúl Cervini, ob. cit., p. 99. Es cierto que la asociación organizada exhibe otros datos que la clásica asociación ilícita, pero ambas obedecen a un mismo tipo vector.

[34] Conferencia Ministerial Mundial sobre delincuencia trasnacional organizada, convocada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1994), "Revue...", cit., 3º y 4º trimestre de 1997, p. 883.

[35] Secretaría Permanente de Planificación Estratégica del Benelux para el combate a la delincuencia internacional. Ver Cervini, ob. cit., p. 244.

[36] Documento del Consejo Económico y Social, cit. (art. 1), que intenta una definición de delincuencia organizada: "Se entenderán las ac-

Tampoco se advierte una línea coherente de pensamiento en lo que concierne a la ubicación del bien jurídico protegido. Divergen las aguas cuando examinamos las fuentes. Hans Jorg Albrecht, profesor de la Universidad de Dresde[37], después de afirmar que la noción de orden en las sociedades denominadas modernas no reside en un orden homogéneo sino en un sistema de órdenes particulares (económico, político, cultural y legal-normativo —este último, titular de la cuota de control social necesaria para legitimar el uso de la fuerza y la coacción legal—), sostiene que la delincuencia organizada agrede los distintos órdenes conforme a circunstancias variables en el desarrollo histórico, y que esta mutación es la que explica las diferentes respuestas del poder; es la sociedad pluralista moderna, en su conjunto, según el profesor alemán, el bien que requiere la tutela penal, aunque soslaya el grado de correspondencia entre el modelo de mercado actual y el orden general, cuestión sin duda esencial para esclarecer el concepto.

Perspectiva tan amplia no es la que impera. Un escalón más abajo, algunos autores (v.gr., Fernández Doblado)[38] señalan con énfasis que la delincuencia organizada socava la soberanía de los Estados y que se instala en el contexto social como un poder paralelo al Estado-nación, traslada a su esfera el uso de la violencia creando un remedo de aparato legitimado con roles asignados funcionalmente y la posibilidad de aplicar medidas "adecuadas" como sanciones. De parecido contorno es el pensamiento de Luiz Flávio

---

tividades colectivas de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permiten a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto intensificando la actividad criminal como con fines de infiltrarse en la economía legítima, en particular".

[37] Hans Jorg Albrecht, *Criminalité organisée et ordre dans la societé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 97.

[38] Ob. cit., p. 888.

Gomes[39], para quien, además de la internacionalización de los efectos provocados por la acción de la criminalidad organizada, es la creación del anti-Estado provisto de enormes recursos el dato saliente de esta forma específica de criminalidad, que tiene presencia gravitante en el lavado de dinero, en las privatizaciones, en la comercialización de las armas, contrabando de armas nucleares o bioquímicas y enajenación de empresas nacionales (ex países socialistas)[40]; como se advierte, es cercana, de algún modo, a la posición de Hassemer, quien, más que atender a la organización, pone el énfasis en la paralización de la actividad estatal como resultado de la corrupción de las instituciones: magistratura, ministerio público, policía[41].

Un ámbito de tutela penal más ceñido le asigna Zaffaroni, al ubicar dentro del mercado los comportamientos delictivos que se pretenden incluídos en la delincuencia organizada; de alguna manera es la visión reconocida por la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Trasnacional Organizada, que examina el fenómeno como un reflejo, "en casi todos los casos, de la prolongación del mercado legítimo a esferas normalmente proscritas". "Sus puntos fuertes emanan de los mismos principios básicos que rigen el espíritu empresarial legítimo, es decir, la necesidad de mantener y ampliar la cuota de mercado que se posee..."[42].

Pero no es tan claro el concepto de mercado en su vinculación con los comportamientos ilícitos. Según lo señala Jean Cartier Bresson[43], se deben distinguir dos tipo-

[39] Ob. cit., p. 77.

[40] En la misma orientación, Alberto Silva Franco, citado por Flávio Gomes, p. 74.

[41] Winfried Hassemer, *Tres temas de direito penal*, Fundação Escola Superior do Ministerio Público do R.S., Porto Alegre, 1993, ps. 85 y ss.

[42] Conferencia, cit., "Revue...", cit., p. 895.

[43] Cartier Bresson, *Criminalité organisée et ordre dans la societé*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, 1997, ps. 67 y ss.

logías en el mercado subterráneo en contraposición al mercado legal: el mercado paralelo y el mercado ilegal.

La economía subterránea es el conjunto de actividades económicas que se realizan al margen de la legislación penal, social o fiscal, que escapan al control del aparato legitimado; son prácticas variadas, que abarcan desde el fraude fiscal o el trabajo clandestino hasta la prostitución o el juego ilegal; engloban tanto las actividades comercializadas como las ajenas a las transacciones. Es tal el abanico de conductas que, según estos autores, la tipología resulta insuficiente y, por ello, se explica que no pocos intenten una clasificación a partir de dos variables: la división de actividades legales e ilegales de un lado, y, del otro, bienes lícitos intercambiados ilegalmente y bienes directamente ilícitos (mercado ilegal).

El mercado paralelo aparece como la estructura creada en respuesta a una intervención gubernamental que genera una oferta o una demanda excesiva de un bien o de un factor de producción; el marco jurídico que rige el intercambio influye en la formación de precios, el nivel de producción y, consecuentemente, en la calidad de vida. En estas condiciones, la oferta y la demanda acuden a canales ilegales de transacción para eliminar el control jurídico o económico. El bien que se intercambia en el mercado paralelo es legal o, dicho de otro modo, puede ser adquirido tanto en el mercado legítimo como en el paralelo sólo con diferencia de precio (v.gr., venta de cigarrillos en negro, créditos informales, transacciones con divisas, trabajo en negro).

En otra esfera, el mercado ilegal es el espacio de intercambio continuo de bienes y servicios cuya producción y consumo están prohibidos o, al menos, sometidos a restricciones legales según las normas vigentes. La producción, el intercambio y la mercancía son ilegales; no existe un mercado legal alternativo. El narcotráfico y la comercialización

de las armas son los clásicos ejemplos de las dos formulaciones [44].

Si nos hemos detenido en estas disquisiciones es porque los comportamientos que se consideran comprendidos en el mercado ilegal no siempre provienen del mercado *ilegítimo*, como lo expresa la Conferencia Ministerial Mundial citada; existe un permanente trasvasamiento de zonas. Actividades propias del mercado paralelo pueden ser trasladadas al mercado legal o al ilegal, como se refleja en el ejemplo de la mano de obra no registrada, que bien puede ser incorporada a la producción normal o llevada al campo de la comercialización de la droga. O, si queremos manejarnos con casos más visibles, gran parte de las divisas provenientes del área del narcotráfico ingresan al giro bancario —normalmente mediante pasos previos— y son más tarde eslabones corrientes de la operatoria legitimada. Por eso, tienen contestación concreta varias preguntas decisivas que hace Zaffaroni; entre ellas: "¿Hasta qué punto del circuito de capitales el dinero es negro o desde qué punto comienza a ser blanco?"; "Una empresa lícita que ocasionalmente lava dinero, ¿practica crimen organizado?" [45]. Es el ordenamiento jurídico impuesto por la voluntad política y sobredeterminado por los poderes del mercado, y no el "mercado neutro", el que dicta las reglas, el cual decide, en definitiva, quién es protagonista del crimen organizado o sólo autor de un delito convencional.

A pesar de este cuadro, la etiqueta del crimen organizado, de nula rigurosidad científica, cabalga hoy aceleradamente en pos de su juridicidad universal, no obstante la ausencia de un catálogo preciso de conductas que puedan ser subsumidas bajo su manto y la inexistencia de un modelo penal genuino. Ancestrales modalidades delictivas aparecen hoy con nuevos membretes cuando, en verdad, son sólo estructuras tradicionales que han incorporado las moder-

[44] Cartier Bresson, ob. cit., p. 68.
[45] Eugenio Zaffaroni, ob. cit., p. 270.

nas tecnologías y ensanchado su poder logístico en virtud de su inserción en las redes industriales, comerciales y financieras del planeta mundializado. Un *modus operandi* remozado que no conmueve los moldes. La mafia italiana, la tríada china, la *"yakuza"* en Japón, la *"cosa nostra"* en los Estados Unidos u otras modalidades regionales, sin duda diferentes de sus padres históricos pero con sus mismos patrones culturales, han trasvasado a su actividad la organización y estructura empresarial; como bien señala Falcone[46] respecto de la mafia italiana, no por ello se han convertido en entidades cualitativamente diversas; la búsqueda de actividades más remuneradoras, su ingreso al mercado legal, la utilización de recursos estatales, el aprovechamiento de los pliegues institucionales resumen, en definitiva, el afán de lucro, y las aproxima al mundo empresarial legitimado, pero no por ello justifica la creación de un nuevo paradigma.

Por otra parte, si la asociación ilícita ya tiene ganado su lugar como tipo penal vector del comportamiento de estas organizaciones, ¿para qué invocar como objetivos propios de la delincuencia organizada delitos que afectan bienes tradicionalmente tutelados?; aunque el inventario es difuso y flexible, los mencionados más frecuentemente (lavado de dinero, narcotráfico y comercio de armas) no son más que conductas lesionantes del mercado disciplinado de la sociedad capitalista, en tanto los restantes son todos comportamientos convencionales con ubicación definida en los códigos penales (atentados contra el Estado, fe pública, salud pública, patrimonio).

Pareciera lógico suponer, después de estas reflexiones, que la etiqueta tiene ya puesto el epitafio; sin embargo, el proceso desatado en numerosos países y organizaciones internacionales señala lo contrario; la gravedad de esta orientación no reside tanto en la búsqueda de reformula-

[46] G. Falcone, *Q'est-ce que la Mafia*, Esprit, Paris, 1992, p. 110.

ciones típicas, sino en los efectos que **se persiguen y que se** guardan celosamente.

3. *Los efectos ocultos.*

No por casualidad los impulsos por instalar legislativamente la seudocategoría de crimen organizado van acompañados de los intentos de desmontar principios garantistas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal. So pretexto del incremento de las nuevas formas de delincuencia, numerosas legislaciones europeas[47] y latinoamericanas[48] han acogido institutos, algunos de matriz anglosajona, y mecanismos procesales distorsionantes del modelo procesal acusatorio. La *"conspiracy"* y el sistema de penas fijas, el tratamiento privilegiado del arrepentido, la impunidad del agente encubierto, entre otros, en materia penal sustantiva, y la ampliación de las facultades a la policía, la instauración del secreto indeterminado, el secreto en la identidad de los jueces, el incremento de la intervención judicial en el área de la privacidad, las limitaciones al derecho de la excarcelación y las competencias especiales son ejemplos visibles de esta preocupante tendencia. La nota clave de este proceso estriba no sólo en que estimula la operatividad selectiva del sistema penal en el área de la competencia, que Zaffaroni formula con precisión matemática[49], sino en las secuelas que genera en la clientela básica del proceso penal: el ciudadano común.

Pero más impactante que esta observación es la circunstancia de que la doctrina tradicional confiese su impotencia ante la invasión antigarantista; en el Coloquio de Nápoles de la Asociación Internacional de Derecho Penal (18

[47] V.gr., Italia, ley 646, Romagnoli-La Torre, y demás disposiciones vigentes del denominado "sistema penal de emergencia" (Cervini, ob. cit., ps. 308 y ss.).

[48] Ley 9034 de Brasil (1995), con el prolijo análisis de Cervini, ob. cit., ps. 326 y ss.

[49] Art. cit., ps. 276 y ss.

al 20 de setiembre de 1997), el proyecto de resolución, al expedirse sobre la delincuencia organizada, acoge la *"conspiracy"* como una necesidad impostergable y admite, aunque con limitaciones, la impunidad del arrepentido. Es cierto que el profesor Weygand (relator general) proclama la intangibilidad del sistema penal y la urgencia de fortalecerlo, pero la puerta abierta por el proyecto permite colegir que la tendencia es irreversible, al menos en los próximos años[50].

Los efectos ocultos son ya trasparentes. Si es cierto que la categorización teórica del crimen organizado aparece como un proyecto frustrado[51], la declinación del garantismo penal se traduce en medidas concretas. ¿Qué hacer frente a este conflicto?

Todos conocemos las funciones del derecho penal y, especialmente, su instrumentación como uno de los mecanismos del control social; pero la labor teórica de penalistas y criminólogos de avanzada no se ha desprendido de los dos pilares ya mencionados en un comienzo: la libertad y la propiedad; es decir, la persona humana, como titular de su autonomía. Los delitos convencionales, aun ampliando la capa de tipificaciones, no han excedido los límites de ese circuito y, obviamente, las garantías para evitar la desorbitación o la dilución de los modelos legales se han construído a partir de esta plataforma.

Lo que parece evidente desde una óptica histórica es que el sistema penal —derecho penal sustantivo y derecho procesal penal— no se ha ocupado suficientemente, tanto en el siglo pasado como en la modernidad, del comportamiento delictivo de los grupos de seres humanos convertidos en una objetividad distinta, en una unidad con decisiones propias. Son conocidos los problemas que plantea la relación Estado-sociedad civil respecto del derecho como reflejo normativo de un sector de esa relación; al igual que

[50] "Revue...", cit., p. 547.

[51] Eugenio Zaffaroni, ob. cit., ps. 251 y ss.

en otros segmentos de la superestructura emerge la vinculación entre objetividad social y acción de los sujetos, entre objetividad —entendida como conjunto integrado por las relaciones sociales (necesidad)— y los individuos reales. Pero esta vinculación varía —y aquí se halla la nota diferenciadora— cuando se trata de intereses económicos; en esta esfera, las conductas individuales se hallan mediatizadas por intereses sectoriales o de grupos que se corporizan en entes diferentes. El comportamiento personal tiene vigencia, está presente, pero condicionado o supeditado a esos intereses; el impacto del derecho no afecta directamente las conciencias individuales, sino que actúa sobre objetividades sociales más circunscritas —los grupos constituyen una de ellas—, de modo tal que la interrelación se produce entre el Estado (reflejo de una objetividad más generalizada) y un conglomerado de intereses, destinatario de la norma[52]. Este destinatario no es otro que la corporación: el personaje olvidado por la voluminosa literatura sobre el crimen organizado.

4. *El protagonista olvidado.*

En el apartado destinado al fenómeno de la mundialización hemos puesto el énfasis en el incremento de la concentración, en la tutoría que ejerce un limitado número de grupos monopólicos. Lo interesante es que esta realidad no parece ser leída por la gran mayoría de autores que examinan la delincuencia organizada; prescinden del papel que juega la corporación no obstante que muchas de las características de la actividad cotidiana de ella sean mencionadas como datos típicos del crimen organizado.

Y parecida observación cabe respecto de las conclusiones de organismos internacionales: hemos visto el informe

[52] David Baigún, *¿Es conveniente la aplicación del sistema penal tradicional al delito económico?*, en *Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymanns, Verlag-Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, p. 655.

de la Secretaría Permanente de Planificación Estratégica referido a la organización delictiva. La Declaración de la Conferencia Ministerial Mundial (Nápoles 1994), antes citada, afirma, entre otras cosas: "Como cualquier otra empresa, el negocio de la delincuencia exige aptitudes empresariales, una especialización considerable y capacidad de coordinación, todo ello sumado a la utilización de la violencia y la corrupción para facilitar la realización de actividades". El documento, preparado en la reunión informal sobre la posible elaboración de un convenio internacional contra la delincuencia trasnacional organizada (Palermo, Italia, 6-8/4/97), promovido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, después de reclamar una definición sobre delincuencia organizada y la necesidad de determinar los delitos que debe englobar el concepto, sostiene que los delitos son más graves cuando son cometidos por "grupos de delincuentes organizados", sin hacer referencia alguna a las corporaciones (personas jurídicas), a pesar de que en el listado figuran comportamientos como el lavado de dinero, la trata ilícita de niños y el fraude en gran escala, los cuales, en el mundo contemporáneo, son realizados casi en su totalidad por "empresas comerciales".

¿Por qué esta tendencia visible a ocultar o reducir el papel de las corporaciones —y como lógica consecuencia, la persona jurídica— en el *modus operandi* del crimen organizado? Seguramente, la respuesta ya ha sido pensada por el lector. En el trasvasamiento de mercados a que aludimos antes, las grandes corporaciones son los potenciales sujetos de la acción, los caminantes de los mercados paralelos, legales e ilegales, como lo indican la crónica diaria y las escasas estadísticas[53]; desnudar esta circunstancia equivale a desacralizar las redes tejidas en nombre del modelo económico y social contemporáneo, la interdependencia entre capitalismo disciplinado y capitalismo indisciplinado.

[53] Ver nota 18, cap. I, donde se muestran algunos datos.

No se requieren grandes esfuerzos para entender que el *modus operandi* de la delincuencia actual se inserta dentro del proceso de mundialización del mismo modo en que ocurría en la centuria pasada con el llamado capitalismo de la libre competencia. Es verdad sabida que aprovecha la nueva tecnología y las aportaciones de la ciencia, pero la nota esencial, en todo caso, es su desarrollo paralelo a los movimientos y mecanismos de la concentración ilimitada y el sobredominio económico y geográfico. Los delitos convencionales, que antes eran intrascendentes, tienen hoy un nuevo bronce, porque perturban e interfieren en un mercado cada vez más controlado. Las variables para la graduación del voltaje delictivo están atadas al mismo patrón; el lavado de dinero alcanza el máximo punto de execrabilidad cuando se aparta de la cadena *"oficializada"*, pero no provoca ningún rechazo si los autores son miembros genuinos de la red legitimada (bancos); la ilegalidad del comercio de armas no está en función de los intereses de las víctimas, sino de quienes las fabrican.

Por otra parte, la internacionalización del capital proyecta también sus efectos sobre los aparatos institucionales y sus modalidades operativas; la exportación de planes conjuntos y nuevos organismos forman parte del intercambio de "mercancías". El Estado-nación sometido sólo juega en el escenario el papel de agente ritual, de prestador de estructuras; es obvio, entonces, que en esta interacción de importación-exportación de instituciones, el sistema penal interno aparezca como un vallado incómodo; flexibilizarlo, jibarizarlo es, pues, un objetivo prioritario.

Retomemos ahora el hilo del pensamiento. Si, como señalamos en el principio de este apartado, la estrategia de los efectos ocultos se apoya, no obstante su fracaso como categoría teórica, en la búsqueda de una revitalización del concepto de delincuencia organizada, la contraestrategia adecuada no puede ser otra que focalizar la lente en el componente que actúa como aglutinante e intermediario de las objetividades económicas en los distintos tipos de mer-

cado; y este trasporte, obviamente, debe ser aprehendido por el sistema penal.

Esa contraestrategia, que podríamos denominar alternativa, requiere necesariamente la adopción de un sistema diferente, en el cual, por un lado, se debe mantener la responsabilidad personal de los sujetos actuantes y, por el otro, determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, con las modalidades exigidas por la naturaleza específica de la acción institucional que emana del organismo colectivo. Este sistema de la doble imputación tiende a consolidar la aplicación de los principios garantistas a la persona física, al tiempo que ubica a la persona jurídica en un cuerpo de garantías de diferente cuño.

Capítulo I

NATURALEZA DE LA ACCIÓN INSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE LA DOBLE IMPUTACIÓN[1]

1. El nuevo sistema. Propósitos.

En un texto anterior[2], al criticar el esquema que pretende trasladar la teoría del delito del derecho penal convencional al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hemos sostenido, como alternativa más eficiente, la necesidad de crear un nuevo sistema teórico que sirviera como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas.

Este sistema, que se cobija ya tras el nombre de doble imputación, reside esencialmente en reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho

[1] Con algunos cambios, el texto de este capítulo fue publicado en *De las penas*, homenaje al profesor De Benedetti (coordinadores: Baigún, Zaffaroni, García Pablos, Pierángeli), Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 25, con el título *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

El nombre de "sistema de doble imputación" ya tiene un sitio ganado en la doctrina. Nosotros lo hemos utilizado en la ponencia presentada ante el III Seminario de Regionalización del Derecho Penal en el Mercosur (ver David Baigún y Joaquín Da Rocha, *Delitos económicos en la esfera del Mercosur*, Rubinzal-Culzoni, 1999, ps. 11 y ss.).

La reciente ley 9605 (12/2/1998) de Brasil, en materia de medio ambiente, recoge este criterio. El art. 3 (parágrafo único) dice: "La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho".

[2] Ver nota 2 de la Introducción.

delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica. Como lógica consecuencia de esta escisión, la responsabilidad, en los dos casos, se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en las personas humanas, mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema. No se requiere mayor esfuerzo para colegir que el punto de arranque de esta construcción se asienta en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica que, por razones de claridad en la nomenclatura, denominamos institucional.

No escapará al lector que la creación de un nuevo modelo a partir de la naturaleza específica de la acción institucional reclama, como primer paso, deslindar claramente las categorías que lo componen y, como segundo, establecer con pulcritud las funciones que se le asigna, acompañado de una sincronización real, de modo que el funcionamiento de cada una de ellas se vincule con el de las restantes en obediencia a lo que Pilar Giménez Alcover llama estrategia de atribución de funciones[3].

Un sistema *ad hoc* del derecho penal[4] o, si se prefiere, un subsistema —en su relación con el sistema penal total—, aunque exhiba perfiles diferentes no se puede desprender totalmente de la teoría del delito conocida; precisamente, las categorías a que aludimos en el párrafo anterior son modificaciones o adecuaciones de la mayoría de las existentes en el modelo clásico y, como bien dice Rudolphi[5]

[3] Niklas Luhmann, *El derecho en la teoría de la sociedad*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 314.

[4] Enrique Ruiz Vadillo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho europeo*, exposición en el homenaje de la Universidad Autónoma de Madrid al profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1993. Ruiz Vadillo utiliza la expresión como género próximo al derecho penal.

[5] *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal: cuestiones fundamentales*, trad. de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1992, ps. 81 y ss.

cuando se refiere a la teoría del delito convencional, acogen los contenidos que responden a los fines del ordenamiento. Repitiendo lo que señalamos en otro trabajo[6], las creaciones teóricas también están condicionadas por la necesidad estatal de control —en este caso, el poder penal— entendido como la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones en materia que afecta los derechos fundamentales.

Ahora bien: ¿por qué proponemos un modelo reformulado de la teoría y del delito y no acudimos a sistemas ya vigentes en el ordenamiento jurídico?[7]. La respuesta transita por distintos andariveles. En el plano de la política criminal, o más desnudamente, de la política general, un apartamiento del campo penal de los hechos delictivos realizados por la persona jurídica contribuiría a contrarrestar el efecto simbólico que ejerce la ley penal, al tiempo que contradiría el principio de igualdad que impone una consideración, al menos parificada, de las actividades de-

[6] David Baigún, *Culpabilidad y alienación*, en *Problemas actuales del derecho penal y la filosofía del derecho*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 123 y ss. En igual sentido, Alberto Martín Binder, *Política criminal, derecho penal y sociedad democrática*, Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal, San Salvador, setiembre de 1992.

[7] Esteban Righi, con todo acierto, sostiene que el orden jurídico no ha construído un solo modelo para fundamentar reacciones penales, sino varios (menores infractores, inimputables) (*Derecho penal económico comparado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 261). Posición distinta es la de Marino Barbero Santos, *Los delitos contra el orden socio-económico; presupuestos*, en *La reforma penal; cuatro cuestiones fundamentales*, Univ. Madrid, Madrid, 1982, reiterada en *¿Responsabilidad penal de la empresa?* (en *Estudios de Derecho Penal Económico*), Colección Estudios, Ed. Univ. De Castilla, La Mancha, 1994. En este trabajo, el reconocido penalista español sostiene que habría que partir de un derecho penal paralelo, no del presente, "del que prácticamente tan sólo se utilizaría su negativo efecto de estigmatización" (p. 41). Al parecer, con igual criterio que el nuestro, José Saez Capel, "L.L.", 25/6/1998.

lictivas de personas físicas y jurídicas[8]; simétricamente, el ámbito penal, con todos sus desniveles y contradicciones, aparece ante la conciencia social como el escenario donde se concentra el *summum* de garantías con que cuenta el sujeto de la imputación, imagen que, por otra parte, tiene mayor acogida en la realidad cotidiana[9].

En el plano de los modelos jurídicos vigentes en otras disciplinas, la confrontación con los más próximos —civil y administrativa— desnuda los inconvenientes de todo remedio forzado. En efecto, si nos adentramos en la esfera del derecho civil, observamos que la consecuencia jurídica más importante es la reparación por el perjuicio o el daño producido; como bien señala Goldenberg[10], el deber jurídico de reparar el daño "nace de un hecho suyo, o de las personas que de él dependan, o por las cosas de que es dueño o se sirve o tiene bajo su guardia jurídica o aprovecha económicamente, o por los hechos que derivan de la actividad que despliega en el medio social", y, puntualmente, la responsabilidad extracontractual de la empresa —fenómeno que más se acerca al objeto de nuestro trabajo— se asienta en la producción del riesgo. En el sistema que proyectamos, si bien el resultado de la acción puede dar lugar a

[8] Edwin Sutherland (*El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968, p. 38) dice con otras palabras: "Aunque las sentencias civiles pueden ser tan severas en sus efectos financieros como las sentencias penales, sin embargo no comprenden el estigma que espera al proceso y a la condena. La mayoría no son delincuentes en el sentido usual". Extraemos el párrafo del borrador de la tesis *La corrupción* (José María Simonetti, cap. IV, p. 12), publicado posteriormente con el título *El ocaso de la virtud*, Edición Universitatis de Quilmes y La Plata, 1997.

[9] No abordamos la relación entre el sistema *ad hoc* y los principios constitucionales; corresponde, en verdad, a otro nivel: el legislativo, del cual nos ocuparemos posteriormente. Sobre esta temática, ver la excelente tesis doctoral de Sergio Salamao Shecaira, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, Universidad de San Pablo, febrero de 1997.

[10] *Indemnización por daños y perjuicios*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 52.

una reparación posterior, la consecuencia jurídica relevante sigue siendo la pena; no es la privación de la libertad —obviamente eliminada del inventario—, pero exhibe igualmente todas las características de la reacción punitiva, como veremos en el lugar oportuno. Es, en definitiva, sanción que continúa a la atribución de la responsabilidad, generada, a su vez, por el eslabón inicial; es decir, la atribución de la acción a la persona jurídica. Por cierto que en el modelo de la teoría del hecho jurídico, utilizada por el derecho civil, existen componentes similares a los de la teoría del delito —antijuridicidad, culpa (culpabilidad)—; inclusive, algunos autores —Von Tuhr[11]— le adjudican notas de carácter penal, pero, aun así, la presencia de la pena sigue siendo el elemento determinante para la diferenciación de los dos modelos.

En el parangón con el derecho administrativo, la óptica se presenta diversa. Como es sabido, gran parte de la doctrina[12] no advierte diferencia de esencia entre la sanción del derecho penal y la establecida en las normas administrativas; sólo les asigna un distinto grado de intensidad. Sin embargo, la inexigencia del tipo como categoría imprescindible en el derecho administrativo y la dudosa genuidad de la sanción prevista por el llamado derecho administrativo-penal autorizan el rechazo del modelo a los fines de su utilización en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[13].

[11] Andreas Von Tuhr, *Teoría general del derecho alemán*, trad. de Tito Ravà, Depalma, Buenos Aires, 1949, vol. III, p. 56.

[12] *Les problèmes juridiques et pratiques posès par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal*, "Revue Internationale de Droit Pénal", Erès, 1º y 2º trimestre de 1988.

[13] Eugenio Raúl Zaffaroni (*Tratado de derecho penal. Parte general III*, Ediar, Buenos Aires, 1981, ps. 57 y ss.) es partidario de incluírlas en el sistema administrativo: "Las sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino consecuencias administrativas de la conducta de los órganos de las personas jurídicas".

Volvamos a nuestra propuesta. Si la naturaleza específica de la acción institucional, producto desprovisto de las notas de subjetividad de las personas físicas, sobredetermina las restantes categorías de la construcción, es obvio que su adecuación al tipo —tipicidad— deberá ajustarse a pautas distintas; deberemos prescindir del dolo tradicional y habrá que ensayar otra interpretación del tipo penal como globalidad. La antijuridicidad, como juicio de valor acerca de la contradicción entre el comportamiento del ente y el ordenamiento jurídico, permanecerá incólume, pero los permisos o justificantes no podrán incorporar a su estructura los ingredientes subjetivos que hoy les reconoce la doctrina. Congruente con este desarrollo, la culpabilidad —en este esquema— pierde su sentido pues está ausente *ab initio* la capacidad, categoría elaborada a partir de la psique humana. La responsabilidad, como resultado de la aplicación de las categorías señaladas, aparece entonces como la consecuencia jurídica de la acción institucional confrontada con el tipo y la antijuridicidad, y las sanciones o penas sólo podrán ser las adecuadas a la naturaleza de la persona jurídica. Por supuesto que cada uno de los componentes del sistema será objeto de un desarrollo posterior, del cual no podrán estar ausentes las reglas de autoría y participación y su relación con la actuación de las personas físicas, las etapas del delito —en especial, la tentativa— y la unidad y pluralidad de delitos, base de la problemática del concurso.

En verdad, si reflexionamos un momento, el nuevo sistema no es más que una estrategia distinta de imputación donde el primer nivel está dado por la subsunción en un tipo; el segundo, por la afirmación de la antijuridicidad, y el tercero, por la atribución de responsabilidad con la pena o sanción como lógica consecuencia o, si se prefiere, agrupar en el primer nivel el tipo y la antijuridicidad —como se verá más adelante— y reservar para el segundo la responsabilidad social; la variante en los contenidos está determinada por la necesidad del ordenamiento de neutrali-

zar los resultados de riesgo y daño provocados por las acciones institucionales. No debe arredrarnos la heterodoxia de la construcción: tan legítima es esta proyección como la que se realiza en derecho penal convencional a partir de la acción causal, final o social, y nadie cree que con ello se desacraliza el modelo de la teoría del delito.

Por otra parte, el esquema diseñado en este trabajo no se apoya en ninguno de los sistemas dogmáticos de la teoría del delito convencional; como es sabido, son tan relativas como las propias categorías que los integran como aparato conceptual. Toda teoría del delito contribuye a la aplicación de la ley en un caso concreto pero, al mismo tiempo, debe adecuar su estructura a la función social del derecho que, en el campo de las personas jurídicas, se enlaza directamente con la necesidad de corregir la disfuncionalidad de sus comportamientos y neutralizar el daño social que provoca.

Adónde nos dirigimos.

No se le oculta al lector que nuestra preocupación focaliza las sociedades anónimas y las corporaciones. Es conocida la división entre las personas jurídicas del derecho privado y las del derecho público y, también, las subdivisiones en cada uno de estos campos; es sabido, por otra parte, que el sistema de nuestro derecho —y en general del denominado contractual— difiere del que gobierna el *commom law* (anglosajón); sobre ambos existe una frondosa bibliografía que puede ilustrar al lector profusamente [14].

[14] Resulta imposible, por su cantidad, enumerar las obras jurídicas en la materia. Entre las que abordan la regulación normativa vinculada con su desarrollo económico y social, nos permitimos señalar la conocida monografía de Federico de Castro y Bravo, *La persona jurídica*, Cívitas, Madrid, 1984; el libro de A. Berle, *Pequeñas y grandes corporaciones*, en *La economía norteamericana*, Paidós, Buenos Aires, 1967, y la obra de Francesco Galgano, *Las instituciones de la economía capitalista*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.

El porqué de nuestro enfoque teórico, dirigido hacia las sociedades anónimas y *business corporations*[15], tiene su explicación: en primer lugar, su gravitación en la economía contemporánea, cuestión a la que nos hemos referido en la Introducción; allí destacamos que son las personas jurídicas (sociedades anónimas y corporaciones) las titulares de los intereses que actúan y circulan en la mundialización.

En segundo término, y ya en el plano jurídico, son las sociedades anónimas y las *corporations* los sujetos clave en el agrupamiento, la fusión y otras modalidades operativas del capital moderno que sirven de instrumento para el proceso de concentración. Bulgarelli sostiene que son tan variadas las formas en el entramado de la coligación de intereses, que resulta imposible una clasificación sistemática; sea con la denominación de *"cartel"* —disciplinamiento de la competencia— o de sindicato, *"intese"*, *"consorcio"*, *"entente"* o *"trustees"*[16], los grupos económicos se han valido y se valen de la persona jurídica como unidad representativa en los diferentes tipos de relaciones.

En tercer lugar, los hechos delictivos de mayor dañosidad social denuncian como sujetos de la acción a las grandes corporaciones y los datos se extraen no sólo de la información periodística y de la literatura especializada[17], sino

[15] Para quienes no tienen fácil acceso a la bibliografía anglosajona, la *"business corporation"* es la versión mercantil de la *"corporation"*. Todas las corporaciones requieren una carta (*charter*) concedida por el Estado, tanto las que tienen un objetivo de lucro como las que no lo persiguen (*"non profit corporation"*). La *"business"* es la que más se acerca a la sociedad anónima. Para una clasificación más completa, ver William Cecil Headrick, *Rasgos distintivos de la "corporation" y la sociedad anónima*, "Boletín Mejicano de Derecho Comparado", Nueva Serie, año 1, nos. 2/3, Méjico, 1968, p. 481. Para la evolución de las sociedades en Francia, ver Georges Levasseur, *La responsabilité pénal des sociétès commerciales en droit positif français actuel et dans le projets de rèforme envisagés*, "Revue Internationale de Droit Penal", vol. 58, ps. 21 y ss.

[16] Waldirio Bulgarelli, *O dereito dos grupos e concentraçao de empresas*, Universitaria de Direito, São Paulo, 1975, ps. 61 y ss.

[17] David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Polémica conocida pero no resuelta* (ver Introducción, nota 2).

también de las escasas estadísticas realizadas hasta el presente [18].

En cuarto término, y ligada estrictamente con la globalización y la concentración, está presente —en la interrelación de las actividades desarrolladas por las corporaciones— la presión directa sobre las economías locales; el efecto producido por la internacionalización no es ajeno, por tanto, a nuestro mercado. La existencia de filiales o empresas subordinadas a la actuación de las entidades matrices por medio de sus representantes es una nota corriente de la actividad económico-financiera. Aunque se carece de registros puntuales, la actuación de las grandes corporaciones mediante grupos o sociedad de sociedades es un componente visible en las últimas décadas. Esta circunstancia, que explica nítidamente el origen de la llamada relación en cadena [19] en el ámbito de la autoría y la participación (cuestión que debe ser abordada en un capítulo especial), es un dato común a las empresas internacionales —se llamen multinacionales, trasnacionales o supranacionales— porque en

[18] En los Estados Unidos, según detalla el Departamento de Justicia, de los 703 crímenes ambientales —período 1990—, 222 fueron cometidos por corporaciones, pero de los realizados por las personas físicas, el 35 % corresponde a presidentes o altos directivos de las corporaciones (Mark A. Cohen, *Environmental crime and punishment; legal and economic theory and empirical evidence on enforcement of federal environmental statues*, Northwestern University, "The Journal of Criminal Law and Criminology", 82, v. 4, invierno de 1992). En Alemania, según lo relata Hirsh, el 80 % de los casos de criminalidad económica son cometidos bajo el manto de la empresa (*La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, trad. de Patricia Ziffer, Bonn, 1993). En igual sentido, con los mismos datos, Laura Zuniga Rodríguez, en *Delincuencia organizada, aspectos penales, procesales y criminológicos*, Eds. Juan Carlos Ferré Olivé, Enrique Anarte Borrallo, Universidad de Huelva, 1999, p. 202. Para los delitos de contaminación, ver Luis Marcó del Pont, *El delito de contaminación*, Universidad Autónoma Metropolitana, Méjico, 1984.

[19] Klaus Tiedemann, *Estudios penales y criminológicos VI*, Conferencia en la Universidad de Santiago de Compostela (13/7/1987), Universidad de Santiago de Compostela.

todas ellas la propiedad y la dirección de los intereses se hallan fuera de las fronteras del país afectado[20, 21].

[20] Es la conocida clasificación de Richard Robinson (*International business policy*, Nueva York, 1964) que toma Roberto Christensen en *La empresa multinacional y los Estados nacionales*, "E.D.", t. 44, p. 1263. Existen otras clasificaciones que toman como eje el lugar de inscripción de la persona jurídica matriz o el origen del capital (Stephen Hyner, *Empresas multinacionales: la internacionalización del capital*, trad. de Manuel Fernández López, Periferia, Buenos Aires, 1972). Robinson parte del origen de las personas que tienen la propiedad del capital y la dirección; en la multinacional, la propiedad y la dirección central están en manos de personas que exhiben nacionalidad del país de origen de la empresa y las decisiones son de inspiración nacional; la trasnacional es una multinacional que corresponde a personas de nacionalidades diferentes y dirigida por ellas; la supranacional es una trasnacional sin nacionalidad jurídica: no puede ser inscrita más que en un organismo instituído en virtud de un acuerdo internacional y que controla a la empresa y la somete a determinadas contribuciones. A nuestro modo de ver, cualquier clasificación que parta del patrón país o Estado resulta insuficiente en la actualidad; v.gr., el capital puede ser situado en un país o en varios y la dirección o administración en otro.

[21] Aunque más no sea como anticipo de presupuesto para algún futuro modelo legislativo que se pretenda proyectar en la República Argentina, conviene señalar que los fenómenos explicados tienen reflejo visible en el ámbito nacional. Si bien resulta imposible extraer las coordenadas del proceso, del número de sociedades inscritas en la Dirección Nacional de Personas Jurídicas (sociedades anónimas: 170.000), existen ya investigaciones empíricas y documentación aceptable que permiten detectar no sólo el crecimiento de las empresas nativas y argentinas trasnacionalizadas, sino también la intensidad de la concentración —absorción, fusión— y el crecimiento de la red de inversión en la economía global. Ver, entre otros, el estudio de Rubén Bozzo y Horacio J. Mendoza sobre el grupo Bunge y Born en *Radiografía económica de un monopolio*, "Realidad Económica", nº 15, 1974, ps. 18 y ss.; y de los mismos autores, el análisis del Grupo Roberts en la publicación citada, nº 18, 1974, p. 50. De época más reciente, la investigación de Daniel Campione e Irene Muñoz, *Concentración capitalista y sistema político*, "Realidad Económica", nº 121, p. 77, donde se analiza el reacondicionamiento del escenario nacional. En igual sentido, Eduardo Basualdo y Daniel Aspiazu, *Cara y contracara de los grupos económicos en la Argentina*, Cántaro, Buenos Aires, 2ª ed., 1990; y *El nuevo poder económico en la Argentina de los años 80*, Legasa, Buenos Aires, 1987, donde se registra el aumento de las trasnacionales (7479 en 1983) y

Las razones sintéticamente enumeradas, invocadas para justificar la elaboración del nuevo sistema, no exhiben idéntico grado de correspondencia en la realidad económica social; no todas las grandes sociedades o corporaciones actúan en el tejido social de la misma manera ni utilizan idéntico entramado jurídico para vincularse; las diferencias son, a veces, abismales entre las pequeñas, medianas y grandes corporaciones; la distribución de intereses registra variantes infinitas, que van desde el monoaccionario ("*close corporation*") —real o simulado—, hasta el reparto minicelular de acciones; no obstante este panorama diversificado, las sociedades anónimas y las corporaciones siguen siendo los instrumentos operativos del gran capital industrial, comercial y financiero, y ello explica, en definitiva, el sentido de nuestro trabajo[22].

---

de las nacionales (6815 en el mismo año). En cuanto al crecimiento de las empresas argentinas trasnacionalizadas, ver Robert Bisang, Mariana Fucks y Bernardo Kosacoff ("Desarrollo Económico", nº 127, oct.-dic. de 1991), quienes afirman la existencia de más de un centenar de empresas nativas que en los últimos veinticinco años realizan inversiones directas en el exterior. Los datos recientes evidencian claramente el aceleramiento de los procesos de absorción, de una parte, y de hegemonía del capital extranjero. Para el primero vale el ejemplo de mayo de 1997: veinte firmas nacionales, líderes en su sector, fueron adquiridas por empresas trasnacionales ("Clarín", secc. Economía, 31/5/97); para el segundo, los datos extraídos del INDEC ("Clarín", secc. Economía, 12/9/99): sobre 500 grandes empresas, 299 (59,8 %) son de capital extranjero; de las 150 que más facturan, el 66,4 % tienen participación extranjera.

[22] Galgano (ob. cit. en nota 14) sostiene que la sociedad de responsabilidad limitada en actividad, junto con la anónima, constituyen el ropaje jurídico-institucional del mediano y gran capital industrial y comercial. Según este autor (p. 98), la sociedad de responsabilidad limitada "ha perdido en la época actual el carácter orgánico del privilegio concedido a la gran sociedad; pero ha conservado siempre el carácter sustancial reservado al grande o mediano capital: el beneficio de poder trasmitir a otras clases —capas productivas menores, trabajadores dependientes— una gran parte de los riesgos pasivos propios". No obstante argumentación sociológica de tanto peso, mantenemos serias dudas acerca de una similitud de funcionamiento de la acción institucional en las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas. Creemos, sin embargo, por

Este panorama justifica, naturalmente, la existencia en el sistema de algunas alteraciones —e inclusive excepciones— provocadas por razones político-criminales, especialmente las que se apoyan en la eficacia de las consecuencias jurídicas, como se verá en el capítulo de penas y medidas de seguridad; y, es obvio, además, que esas alteraciones deberán ser consideradas a la hora de proyectar el ordenamiento positivo, como en el ejemplo anticipado del círculo de autores.

2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN INSTITUCIONAL.

En el trabajo citado anteriormente[23] hemos definido la acción institucional como un producto, una consecuencia de un fenómeno de interrelación, en el cual no sólo actúa el aparato psíquico de cada uno de los participantes sino también, y de modo decisivo, el interés como una objetividad cualitativamente diferente del interés de cada uno de los individuos.

Esta formulación es en verdad parcial y sólo acota algunos ingredientes aún no clasificados metodológicamente. En la teoría del delito, la construcción es simple, pues la base está constituída por la conducta humana, la conducta de la persona; cualquiera sea la definición a que se acuda o el diagrama teórico que se utilice, la naturaleza de la acción se determina a partir de ese dato sin que nadie

---

razones político-criminales, que es perfectamente viable la inclusión de las sociedades de responsabilidad limitada como sujetos de imputación en un modelo legislativo, sobre todo tomando en cuenta la gravitación que hoy exhiben (v.gr., en Alemania, las sociedades de responsabilidad limitada han crecido de 30.454 en 1937 a 225.209 en 1979, al tiempo que han disminuído proporcionalmente las anónimas; ver Jean Marc Hauptmann, *El futuro de la sociedad anónima en la República Federal Alemana*, "R.D.C.O.", nº 94, p. 536). Pero es obvio que esta incorporación deberá ser objeto de discusión en cada modelo concreto.

[23] *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta*, ps. 873 y ss.

pretenda, en la actualidad, incorporar otros componentes ni desconocer que, desde la génesis a la ejecución, el hombre es el único protagonista[24].

La cuestión varía cuando abordamos la naturaleza de la acción de las personas jurídicas; aquí advertimos que si bien el ser humano actúa en la ejecución o en la elaboración de la decisión, están presentes ónticamente unidades reales: en primera línea —la más visible— la que podríamos denominar regulación normativa; en segundo lugar, la organizacional, que apunta predominantemente al plano sociológico; y en tercer término, el interés económico, que si bien puede ser incluído dentro de la unidad anterior, requiere por sus connotaciones propias un análisis separado. El componente individual no queda apartado del objeto en examen, no pierde trascendencia, pero su tratamiento forma parte de la vivisección del entramado de las unidades; es uno de los vectores de la integración de cada una de ellas. No se nos oculta que esta sistematización metodológica puede ser objetada y que caben otros enfoques para el abordaje; simplemente, nuestra óptica se alimenta de las observaciones sobre la práctica social y los estudios realizados por otras disciplinas —sociología, economía—, cuyos aportes utilizamos en la medida indispensable para desentrañar la naturaleza de la acción institucional[25].

Resulta casi superabundante explicar que la consideración de las tres unidades reales es sinónimo de reconocer a la persona jurídica como expresión institucional de una entidad real: la empresa o explotación económica o, dicho de otro modo, el análisis, aparece como irrealizable si no

[24] Sobre el desarrollo histórico, en Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1957, t. I, ps. 44 y ss.

[25] Nuestra metodología no pretende ser inédita; Hans Welzel, en su análisis del libre albedrío relacionado con la culpabilidad, acude a elementos ajenos al sistema penal: los aspectos antropológicos, caracterológicos y categoriales del hombre (*Derecho penal alemán. Parte general*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 11ª ed., 1970, ps. 202 y ss.).

partimos de una concepción unitaria, donde forma jurídica y empresa se hallan imbricadas como términos de una relación monolítica[26]; lo que importa dejar en claro es que el estudio de las tres unidades reales arranca de la persona jurídica como totalidad, tal cual actúa en la mediación entre relaciones estructurales y superestructurales de la formación económica y social capitalista[27].

A) *La decisión institucional como producto normativo*[28].

Al abordar la actuación de las personas jurídicas, nos ceñimos a las sociedades anónimas y corporaciones con prescindencia de la regulación específica de cada país[29]; en ellas existe un conjunto de disposiciones que prevén los requisitos necesarios para la toma de decisiones, los límites

[26] Desde un punto de vista histórico puede discutirse la coexistencia de los hechos sustanciales y las formas jurídicas adoptadas; Sergio Le Pera (*Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 88) al estudiar la empresa y su evolución sostiene la anticipación de los hechos a las formas jurídicas (societarias).

[27] El estudio de la mediación de sociedades anónimas y corporaciones entre relaciones estructurales y superestructurales merecería un apartado especial; por razones de espacio no nos detenemos en la cuestión, aunque algunos aspectos son considerados en el cap. I y en el parágr. 3 del cap. II (interés económico). Obviamente, no es ésta la óptica del derecho comercial. Aquí es conocida la polémica acerca de los parámetros que deben ser tomados en cuenta para definir la categoría empresa: patrimonios independientes, separados o de afectación. Como veremos más adelante, consideramos que en el sistema de imputación los parámetros deben ser ajustados a las regulaciones impuestas por el sistema jurídico.

[28] Debe quedar en claro que utilizamos *"decisión institucional"* y *"acción"* como conceptos sinónimos; sólo introducimos una variante de significación desde el punto de vista intrasistemático cuando, para construír la teoría del concurso, asignamos a *"acción institucional"* una categorización más específica.

[29] Para el desarrollo histórico de las sociedades, ver Adolphe Touffait, con la colaboración de Jean Robin, André Audureau y Jacques Lacoste, *Délits et santions dans les sociétès*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1973, p. VII, Introducción.

de la competencia de los órganos, las relaciones entre accionistas y directores, las mayorías para obligar a la sociedad y otras variables que sería largo enumerar; obviamente, están divididas las funciones que se relacionan con el marco interno (administración) y las que conciernen al sector externo (representación), donde se exterioriza en forma visible la voluntad social[30].

Casi innecesario resulta decir que el derecho anglosajón no es extraño a esta formulación; en la *business corporation* —que se diferencia nítidamente de la sociedad anónima del derecho continental—, las facultades de la junta de directores y los mecanismos para comprometer a la entidad están establecidos en la *charter* y en la ley; podrán variar las reglas y exhibir una mayor descompresión respecto de los accionistas —especialmente cuando la propiedad de las acciones se halla dispersa entre una multitud de titulares y ninguno alcanza a poseer el 1 % del capital—, pero el *board of directors* debe ajustarse siempre a un patrón normativo para expresar la voluntad de la corporación[31].

Problema diverso es la determinación del órgano rector del cual emerge el producto normativo. No pretendemos trasladar aquí la polémica, oriunda del derecho comercial, sobre el ámbito de incumbencia de los diferentes órganos; en primer término, porque las diferencias varían con los sistemas y, en segundo, porque dentro de los propios sistemas (v.gr., anglosajón, continental) existen reglas disímiles[32].

[30] Horacio Fargosi y Eduardo Romaniello, *Sociedades*, 17-18, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 60.

[31] Samuel Ramos Flores, *La "corporation" en el derecho de USA*, "Boletín Mejicano de Derecho Comparado", año 19, mayo-dic. de 1996, nos. 56/57, p. 370.

[32] Simplemente, a título de muestra, señalemos que en el derecho norteamericano existen ejemplos (v.gr., estado de Delaware) en los cuales la carta otorga al consejo de administración facultades que en otros estados corresponden a los accionistas, como la de aprobar el balance, emitir nuevas acciones dentro del capital autorizado y declarar los dividendos que se van a repartir (Headwick, art. cit., p. 494).

Cabe advertir que el derecho argentino no es ajeno al conflicto; en la doctrina hay acuerdo en cuanto al papel que asumen los distintos órganos (ley 19.550 y su modif. 22.903), pero se ingresa en una discusión inacabable cuando se trata de definir la soberanía de la asamblea o el directorio[33]. El art. 234 de la ley 19.550 pareciera concederle a la asamblea ordinaria una gravitación mayor al prescribir que le corresponde decidir sobre "toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos" (inc. 1), pero es el directorio el órgano de administración (art. 255) encargado de realizar los actos y negocios con terceros, ejecutor de la voluntad asamblearia y agente activo del cumplimiento del objeto social de la sociedad anónima[34]. Resulta, por ende, de toda evidencia, que las acciones institucionales que puedan ser lesivas para un bien jurídico —subsunción en el tipo penal— surgirán, en su mayoría del directorio, sin perjuicio de la eventualidad (inc. 1) de que la asamblea promueva o ratifique la actividad delictiva[35]. Esta acotación no genera variantes en cuanto a la imputación a la persona jurídica, pues el producto normativo sigue siendo la decisión conforme a los estatutos, pero acarreará consecuencias en la esfera de aplicación del derecho penal convencional respecto de las personas humanas que actúan en la asamblea.

Queda pendiente otra cuestión vinculada —como se verá páginas adelante— con el comienzo de la acción ins-

[33] Ernesto Eduardo Martorell, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 227 y 228.

[34] Ídem, ps. 224 y ss.

[35] La asamblea también puede producir una decisión institucional específica en su actividad interna. En el ámbito penal, Norberto Eduardo Spolansky reflexiona prolijamente sobre la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas (*Culpabilidad, la responsabilidad de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario*, "L.L.", 1978-D-231).

titucional; nos referimos al momento en que se constituye la persona jurídica. Para resolverla debemos apelar, otra vez, al ordenamiento jurídico concreto; en el derecho europeo, la teoría dominante sostiene que la sociedad anónima no existe como sujeto de derecho antes de la inscripción registral. En nuestro país, la homogeneidad conceptual no aparece de modo tan visible; apoyado en la estructura de la ley 19.550, Etcheverry, por ejemplo, proclama que según el tipo societario amplio de nuestra legislación, la sociedad existe desde que se formaliza el contrato constitutivo mientras que, confrontada con el tipo restrictivo, exhibe legitimidad una vez concluída la inscripción registral, último paso de la etapa funcional[36]. Para nosotros, la necesidad de precisar los límites de la imputación nos lleva de la mano a la aprehensión sólo de las sociedades inscritas, pues, de otro modo, no podríamos invocar el producto normativo como parte de la tríada ya explicada.

B) *La organización.*

En la sociedad jurídica, la doctrina autorizada considera el orden normativo como uno de los conceptos abarcados por la organización. Felipe Fucito, en su obra Sociología del derecho[37], lo incluye junto a distintas características de lo que califica un subsistema; enumera: una

[36] *Nuevos matices legales en el período fundacional de las sociedades comerciales*, "L.L.", t. 1984-B, p. 544. El autor distingue claramente los conceptos de sociedades en formación y sociedades irregulares. Este último abarca no sólo las sociedades que habiendo nacido con adecuación a uno de los tipos legales previstos no han completado el proceso formal, sino también a las que lo han hecho irregularmente, de cualquier modo (ps. 644 y ss.). En el capítulo sobre naturaleza de la acción, incluímos las irregulares dentro de las que pueden generar la acción institucional, pero siempre que estén inscritas.

[37] Ed. Universidad, Buenos Aires, 1993, ps. 442 y ss. Seguimos en buena parte la orientación de este autor, por su rigor de análisis y su visible actualización.

colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, un sistema de poder y un nivel de conflicto interno; el concepto de orden normativo se halla compuesto por reglas formales e informales, que "constituyen un sistema de control social interno y que determina el grado de formalización de la organización, así como los restantes aspectos culturales de la norma" [38].

Páginas atrás hemos asignado al plano de la regulación normativa —el formal— una connotación independiente, cuando bien pudimos incorporarla al conglomerado de la organización; la razón, de índole metodológica, que nos aparta de ese esquema reside en la trascendencia del papel que el ropaje jurídico de la sociedad anónima o de la *corporation* juega en la esfera de la imputación; amén de su existencia como estatuto de la organización, el orden normativo despliega sus alas en el momento en que su producto debe ser atribuído a un mandato o a una prohibición del sistema penal.

Hecha la aclaración, volvamos a nuestro objetivo. En la actualidad, ya nadie osa discutir el carácter organizacional de la sociedad anónima o de la corporación o, para ser más preciso, de la empresa que las sustenta; las variables que recoge Fucito son sin duda útiles para distinguirlas de otras organizaciones humanas, pero, a nuestro entender, no alcanzan para definir el "todo" de las sociedades anónimas o las corporaciones; en este terreno aparece el interés económico como eje decisivo de la organización, con perfiles tan específicos que, como se verá más adelante, justifican un tratamiento diferenciado.

La característica de colectividad humana de cierta magnitud es una nota común a todas las organizaciones, pero su importancia en el rubro de las sociedades anónimas o

[38] Ídem, p. 443. Otro enfoque puede leerse en Eduardo Bueno Campos: *Un concepto de estilo dirección de la empresa ante la crisis y el entorno actual*, en *La empresa industrial ante la crisis*, "Revista del Instituto de Es-

las corporaciones estriba en que sus límites objetivos son cerrados; jurídicamente, se hallan condicionados por el estatuto, que actúa a manera de corsé de la acción institucional. Lo decisivo de este circuito cerrado es que sirve como patrón para valorar la calidad de los fines, tanto de los racionales o estatutarios —estatutos, contratos, programas— como de los reales, que son los "cumplidos en la organización, como consecuencia de la interacción de sus miembros significativos (o de los estratos de la misma, de modo directo o a través de los líderes), en consonancia o en disonancia con las normas que definen los fines estatutarios"[39]. Y la cuestión no es intrascendente porque los fines reales —que anticipan lo que denominaremos el *segundo código*— gravitan, la más de las veces, con una intensidad mayor que los estatutarios, ya que en este tipo de organizaciones, por encima de la interacción de que habla acertadamente Fucito, es el interés económico el que trasmuta las relaciones, unificándolas bajo su emblema. Ello no significa negar los nexos de cooperación y otros más complejos ni la contraposición entre los sujetos que intervienen; lo que queremos afirmar es que los fines reales, como resultado de la interacción de los miembros significativos de la organización, exhiben el interés económico como émbolo subyacente.

Este proceso de apartamiento o disonancia de los fines reales no es otra cosa que el reconocimiento de la presencia de un conjunto de *status* en la organización que se maneja tanto con las normas formales como con las informales; en la sociedad capitalista, el *status* de la competitividad, unido indisolublemente al lucro, puede desviar o distorsionar los fines estatutarios e inclusive provocar la violación de las normas de ordenamiento general (p.ej., el ingreso al campo del delito). Dicho de otra manera, los fines racionales, los

---

tudios Económicos", nº 1, Madrid, 1984, p. 71. Según este autor, el estilo dirección es una cuestión decisiva de la organización.

[39] Ibídem, p. 471.

sopesados y perseguidos, a los que se refiere Max Weber[40], se confunden o son obturados por los irracionales que el interés económico condiciona, no obstante las prescripciones de la norma estatutaria.

Pero el cumplimiento de los fines atraviesa siempre el proceso de comunicación; aun aquellos autores que definen a la organización como un conjunto de actividades y no de personas[41] reconocen, sin embargo, la imposibilidad de definir su funcionamiento si no se toman en cuenta la fuente —persona o grupo que pretende trasmitir la información—, el mensaje —como expresión del objetivo de la fuente—, y el código o lenguaje —que exhibe su propia codificación—[42], componentes todos que resultan inexplicables sin la presencia del receptor. La trasformación —a que alude Fucito— en el proceso de decodificación, donde el receptor acoge el mensaje y lo retrasmite con sus propias aportaciones, es una muestra visible de la influencia que pueden tener los comportamientos individuales en la satisfacción de las diferentes metas.

La complejidad del sistema de comunicación no se agota en estos datos; de importancia no menor es la presencia de los canales formales e informales —con mayor gravitación de unos y otros—, tanto en la circulación vertical como en la horizontal[43]; este fenómeno registra connotaciones particulares en las sociedades anónimas y corporaciones,

[40] *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura, Méjico, 1974, t. I, ps. 18 y ss.; citado también por Fucito en *Autoridad y liderazgo en las organizaciones (Un enfoque sociológico)*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981, p. 29.

[41] Ann Foerschler, *Corporate criminal intent: toward a better understanding of corporate misconduct*, "California Law Review", vol. 78, nº 5, octubre de 1990, p. 1287.

[42] F. Fucito, *Sociología del derecho*, ob. cit., ps. 482 y ss.

[43] Fucito define la comunicación vertical como la que se produce hacia arriba y hacia abajo (órdenes, pedidos, informes, notificaciones, quejas, sanciones), y la horizontal, con la relación entre niveles de igual poder (ob. cit., p. 483).

especialmente en las de gran magnitud. Aquí, la nota cualificante aparece en el andarivel informal por los rasgos de sigilo o clandestinidad que requiere esta comunicación, como obvia consecuencia de la rigidez de la estructura regular, tal cual lo señala la experiencia en los delitos cometidos por entidades bancarias[44]. Va de suyo que la intensidad del funcionamiento de los canales formales e informales está supeditada a la estructura de la organización; así, el grado de aproximación entre dirección y titulares de las acciones aumenta o disminuye el papel de las vías de trasmisión en la misma proporción que la distancia entre esos dos factores, sin olvidar, además, las notas diferenciales entre la sociedad anónima y la corporación[45] respecto de los roles de sus organismos.

Vinculada estrechamente con la formulación anterior se halla la relación de poder; Michel Crozier, en un texto conocido por todos[46], afirma que la empresa está compuesta por un conjunto de "feudalismos, complicidades entrelazadas, pequeños secretos, acuerdos particulares, en una especie de protección mutua, sólo turbada por la intervención de las direcciones generales". La explicación acerca de la interacción de estos factores resulta insatisfactoria si se omite la relación de poder, es decir, la posibilidad de acción de parte de un individuo o de un grupo sobre uno o varios individuos o grupos diferentes para obtener algo de él o de ellos[47]. Esta variable clave es consustancial con

[44] David Baigún, *La asociación ilícita financiera*, en *Estudios en homenaje a Adela Reta*, "Revista de Ciencias Penales", nº 2, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1996, p. 15.

[45] En la sociedad anónima, el ente administrador sufre un control mayor por parte de la asamblea de accionistas que lo que ocurre con los cuerpos similares de la *corporation*, donde el *board of directors* y el *management* poseen mayor autonomía. Samuel Ramos Flores, *La corporación en el derecho de USA*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado", año 19, nos. 56 y 57, Méjico, 1966, ps. 366 y ss.

[46] Michel Crozier, *La sociedad bloqueada*, trad. de Roger Plá y Mario Carlés, Amorrortu, Buenos Aires, 1971, p. 58.

[47] Ídem, p. 27.

toda organización, pues ésta supone participación, relación de fuerzas, control y la aplicación de reglas explícitas e implícitas entre sus miembros; al contrario, podríamos hablar de una colectividad humana abierta, pero no de un conjunto organizado.

La relación de poder no implica coacción lineal ni obediencia ciega; en su articulación están presentes los intereses personales, las resistencias, la negociación y hasta el chantaje, como también el cumplimiento de los códigos formales e informales sujeto al mismo juego. Lo que importa, dentro del intrasistema de las sociedades anónimas o corporaciones, no es sólo detectar cada uno de los factores, sino determinar quiénes son los titulares del interés que gobierna la organización porque, como lo señalamos anteriormente, la acción institucional es el producto de la confluencia de un haz de factores y no el resultado de la decisión "voluntaria" de quienes la suscriben.

Por supuesto que las relaciones de poder varían conforme a la dimensión de las organizaciones y al funcionamiento de su estructura; en este último aspecto sería pecado capital prescindir del papel del liderazgo por la importancia que esta posición exhibe en la toma de decisiones por medio de su intervención en la cadena hacia abajo o, a veces, por encima de la estructura regular de la organización, tal cual sucede en los casos que Fucito denomina de "liderazgo fuerte"[48].

La cuestión no puede ser obviada porque el grado de ruptura o de independencia del líder, por el enclave en que está situado respecto de la organización, tiene influencia directa en el contenido de la decisión final; aunque el apartamiento resulta improbable, bien puede ocurrir que su comportamiento genere una desviación de la toma de decisión, adversa a la vía impuesta. Y no escapará a nadie que una situación de esta clase deberá ser considerada al tiempo de la imputación de su acción personal (plano del

[48] F. Fucito, *Autoridad y liderazgo en las organizaciones*, ob. cit., p. 137.

derecho penal convencional), deslindada de la acción institucional atribuída por el nuevo modelo *ad hoc*.

Aunque en las variables analizadas el conflicto entre las distintas posiciones es un denominador común, en el caso de las sociedades anónimas y corporaciones emerge con perfiles propios por la presencia del interés económico; es exacto que bien podría ser incluído en el análisis de esta unidad real —que analizaremos más adelante— en la comunicación o en el sistema de poder; sin embargo, no parece desacertado identificarlo como una variable autónoma, porque el conflicto entre grupos o subgrupos con distintos intereses económicos puede ser uno de los vectores determinantes de la decisión institucional o, dicho de otro modo, puede repercutir sobre un curso de acción distinto del esperado[49].

Si acordamos considerar al conflicto como una variable independiente, habrá, por tanto, que escindir dos niveles: el que proviene de las contraposiciones personales o grupales motivadas por la expectativa de recompensas o consolidación del poder, tanto en sentido vertical —diferentes jerarquías— como horizontal —igual jerarquía—[50]; el otro nivel se origina en las contradicciones de intereses económicos que, obviamente, requieren la intermediación de personas. Como contrapartida, la solución mediante la negociación, la imposición o el *statu quo* también contendrán esas dos notas distintas, aunque enmarcadas ambas dentro de las reglas de juego establecidas por la organización. La diferencia reside, a nuestro entender, en que el segundo nivel sobredetermina el primero, puesto que es el poder económico el que controla la situación y, consecuentemente, el que "dicta la orden".

[49] En este ámbito deben ser incluídas las contradicciones entre mayorías y minorías que se diseñan según el porcentaje de capital (Galgano, ob. cit., n. 12, p. 109).

[50] F. Fucito, *Autoridad y liderazgo...*, ob. cit., p. 109.

Como habrá advertido el lector, todas las variables examinadas, de las cuales no se puede prescindir para entender la gestación de la acción institucional, pertenecen a una consideración intrasistemática de la organización; ex profeso nos hemos apartado del marco externo, pues ello nos conduciría a una investigación de las redes sociales, ajena al objetivo de este trabajo; sin embargo, para que el panorama no resulte parcial, conviene no olvidar que las relaciones de la sociedad anónima o de la *corporation* con entidades similares pueden ejercer una influencia relevante en el funcionamiento de la organización, reacomodando o recomponiendo posiciones, con sus obvias secuelas en la decisión institucional. Pero aquí volvemos a una cuestión conocida: la matriz de esas relaciones vinculantes se halla siempre en el interés económico, lo cual aconseja diferir su tratamiento para el lugar pertinente.

C) *El interés económico.*

a) Concepto.

Es una obviedad sostener que la corporación o sociedad anónima responde, desde su génesis, a un interés económico[51]; no se trata de justificar esta afirmación, que surge por otra parte de sus propios estatutos, sino de determinar el funcionamiento de ese interés en la actividad de la persona jurídica, o, para decirlo de otro modo, su interactuación con los componentes normativo y organizacional en la producción del resultado: la acción institucional o societaria.

En una primera exploración, el interés económico se exhibe como un factor de gravitación en las conductas de los individuos que integran la persona jurídica; parece innecesario recordar que cada una de las actividades organizacionales, abierta o encubiertamente, está conectada con

[51] Enrique Zaldívar, *Filosofía y principios de nuestra Ley de Sociedades Comerciales*, "L.L.", t. 1975-D, p. 559.

cada una de las pequeñas o grandes decisiones. Lo que importa, sin embargo, a los efectos de nuestro objetivo, no es describir el vínculo lineal visible, sino detectar cómo se realiza la interacción en el proceso de circulación real del entramado interno. Es obvio que la primera cuestión consiste en acordar el concepto de interés económico antes de seguir adelante.

Recordemos cosas conocidas. El interés económico es sinónimo de ganancia o beneficio; está indisolublemente unido al proceso de acumulación, sujeto a sus leyes; la historia del desarrollo de una corporación es la agenda de la acumulación, independientemente de si recoge una estructura productiva —o financiera—, se inserta en ella o da comienzo a un proceso de formación originaria de capital. No puede escapar de la conocida ley del valor ni de la que rige la circulación (dinero-mercancía-dinero); como enseña Eric Roll[52], comentando las ideas de Marx, la cuota de ganancia expresa la relación entre plusvalía y el conjunto de capital invertido en la empresa: capital constante más capital variable. Es una magnitud cambiante, que depende de la dimensión y del grado de vinculación entre cada uno de estos componentes: relación del capital variable con el constante —composición orgánica del capital—, rotación del capital, es decir, tiempo que requiere el capital para realizar el círculo económico, y tasa de plusvalía, o sea, relación entre plusvalía y capital variable[53].

Casi resulta innecesario agregar que el interés económico abarca, además de la denominada ganancia industrial, el clásico interés del capital, que en la corporación finan-

[52] *Historia de las doctrinas económicas*, trad. de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1987, p. 290.

[53] Para estos conceptos nos remitimos a las obras clásicas de Marx: *El capital*, trad. de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1946; *Historia crítica de la teoría de la plusvalía*, trad. de Wenceslao Roces, Cartago, Buenos Aires, 1956.

ciera aparece como el motor decisivo de la actividad empresarial[54].

Sea ganancia o interés, como impulsor de la empresa, no sólo gravita en su proceso interno sino que actúa como ariete fundamental en la afluencia de capitales de una región a otra, o en el abandono de un mercado; explica los movimientos de capital y las variantes de los agrupamientos, fenómenos que registran su impronta en las alianzas de sociedades y en el entretejido de los aparatos normativos que las representan[55].

El reconocimiento del interés económico como motor de la empresa no es patrimonio exclusivo de la literatura marxista; está presente en las obras de los economistas de mayor gravitación en los Estados Unidos, aun en aquellos

[54] El interés aparece "como una plusvalía nacida del mismo capital, de la simple propiedad de éste, como algo que el capital hace brotar del proceso de producción por el mero hecho de que él se incorpora a ese proceso como capital. Lo cual quiere decir que esta plusvalía pertenece al capital de por sí, independientemente del proceso de producción, ya que se trata de algo que se halla virtualmente implícito en el propio capital. En cambio, la ganancia industrial se presenta como una parte de la plusvalía de la cual el capitalista tiene derecho a apropiarse no por el hecho de que sea simplemente propietario del capital, sino por representar el capital puesto en acción [...]. Por consiguiente, si el capitalista financiero se queda con una parte de la plusvalía, es simplemente en realidad, por el hecho de ser propietario del capital y a pesar de permanecer al margen del proceso de producción. El precio del capital, mejor dicho, el mero título de copropiedad del capital, se cotiza en el mercado del dinero, con la rúbrica de tipo de interés, ni más ni menos que el precio comercial de cualquier otra mercadería" (*Historia...*, ob. cit., p. 380).

[55] Baran y Sweezy (ob. cit., p. 21) citan el caso de Standard Oil como ejemplo de interés económico que actúa como motor de las operaciones que se proyectan en los agrupamientos societarios. La originaria Stanford Oil, como consecuencia de la ley Antitrust de Sherman (1911), debió reorganizarse por medio de distintas compañías; una de ellas, la California Standard, se alió con la Texaco —adversaria tradicional— para explotar los yacimientos de Nueva Inglaterra; otra, la Indiana Standard, se unió a capitales japoneses e italianos (1951) —en clara oposición al cartel madre— para realizar operaciones en Irán y en Medio Oriente.

alejados de la concepción de la plusvalía, de la reproducción ampliada o de la reproducción en escala[56]. James Early[57], en su conocida polémica con Herbert A. Simon (*Carnegie Institute of Technology*), sostiene —después de un estudio de la literatura contemporánea sobre la dirección de las corporaciones— que la reducción de costos, la expansión de los ingresos y el incremento de las utilidades son tres denominadores comunes del objetivo de las grandes empresas, que pueden unificarse en un único comportamiento: "la búsqueda sistemática, temporal, de ganancias factibles más altas". Esta idea convencional, que Early tipifica como "máximas utilidades y optimación general", presume, según Baran y Sweezy, que el competidor conoce todas las alternativas que se le ofrecen y elige la combinación que le rinda el "máximo absoluto", sin que ello signifique desconocer los ajustes adecuados e instantáneos que las circunstancias exigen[58].

Pero, a los fines que nos interesa, lo importante es que cualquiera sea la óptica que se escoja (condición insustituíble del proceso de acumulación capitalista u objetivo de la

[56] Para el significado de estos conceptos recomendamos las obras clásicas *El capital*, trad. de Wenceslao Roces, Méjico, 1946, t. I, vol. I, caps. III, IV y V; t. I, vol. II, caps. II y III; t. III, vol. II, cap. V, *Historia crítica de la teoría de la plusvalía*, Cartago, Buenos Aires, 1956, especialmente t. V. Para un resumen, consultar Antonio Pasenti, *Lecciones de economía política*, Ediciones de Cultura Popular, Méjico, 1987.

[57] James Early, *Marginal policies of excellently managed companies*, en "The American Economic Review", marzo de 1956, p. 333, cit. por Baran y Sweezy, p. 27.

[58] Baran y Sweezy, ob. cit., ps. 26 y 27. Va de suyo que existe una línea de pensamiento contrapuesta a la opinión de Early, que en sustitución de la ganancia define como objetivo principal de la corporación la "conducta satisfaciente" de la dirección (Simon, cit.); o, en una posición extrema, la idea de Carl Kaysen (*The social significance of modern corporation*), que asigna a la corporación moderna una entidad espiritual, ajena a la veracidad como motor de su desarrollo. Sobre la evolución de la teoría de la empresa "en sí" en Alemania y en Gran Bretaña, ver Galgano, ob. cit., ps. 122 y ss.

empresa), el interés económico se conforma como una objetividad[59], un producto ciertamente buscado por las apetencias de los individuos pero, al mismo tiempo, diferenciado de su dominio exclusivo; no se trata de desconocer como ingredientes subjetivos del proceso el papel que juegan el impulso de los directivos y la finalidad que se propone el gobierno de una corporación, sino de entender que el *corpus* del interés económico crea y recrea leyes propias, a cuya obediencia se sujetan los restantes objetivos de la corporación; es la plataforma no sólo del desplazamiento geográfico, sino también de la formación de uniones temporales, agrupamientos y distintos tipos de relaciones a los cuales ya nos hemos referido. Los fenómenos de concentración —acumulación de la mayor cantidad de plusvalía posible— y centralización de la economía son, antes que manifestaciones "voluntarias" de las empresas, corolario inevitable de ese proceso social externo[60].

Nuestra formulación no termina aquí; coetáneamente y en forma paralela se genera otro proceso con rasgos propios: el interés económico inicial se despega progresivamente de los poseedores originarios, se expande geométricamente al vincularse con otros o al condicionarse a ellos, y se trasforma cualitativa y cuantitativamente con una consecuencia obvia: la objetividad se solidifica y contemporáneamente la alienación trepa otras escalas; claro que aquí la introducción de este concepto requiere que nos detengamos en

[59] La categoría de objetividad ya se esboza en Aristóteles (*Política*) cuando distingue el dinero del capital real —bienes que se utilizan para adquirir más bienes—, y aparece claramente en Ricardo cuando formula que los fenómenos sociales obedecen a leyes propias que deben ser descubiertas (Eric Erroll, ob. cit., p. 142).

[60] Sobre el proceso de concentración y centralización del capital en los sectores de la producción y circulación de bienes, Agustín Serrano, *Dinámica y crisis del sistema capitalista actual*, Lihuel, Buenos Aires, 1982, ps. 35 y ss. Sobre el grado de concentración de las ganancias, Paul Baran, *La economía política del crecimiento*, trad. de Nathan Warman, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1959, ps. 77 y ss.

su significación, pues, como se verá seguidamente, juega un papel preponderante en el itinerario que desemboca en la acción institucional.

b) La alienación.

La afirmación de que en la corporación el interés económico se desprende progresivamente del control de los fundadores iniciales puede parecer una formulación trunca si no reconocemos el valor de la alienación como fenómeno que acompaña este "crescendo"; salvando las distancias y muy lejos de la metáfora, las variables de este proceso reproducen en un segundo nivel el distanciamiento creciente entre la fuerza de trabajo y control mental del obrero[61].

Este segundo nivel, que catalogamos como alienación paralela, no puede ser entendido si no se acuerda previamente el concepto originario del término. En un trabajo publicado hace ya más de dos décadas subrayamos que la idea de alienación parte, en Marx, de la praxis social; no es una mera elaboración teórica abstracta, sino una categoría desprendida de la vida real del hombre. Arranca de una concepción distinta del trabajo humano, originada en la relación del hombre con la naturaleza, pero de ese vínculo con la naturaleza y en tanto el hombre satisface sus necesidades, el trabajo generado no distorsiona al ser humano; la alienación surge cuando el producto de su labor, en vez de ser dirigido a satisfacer sus necesidades, adquiere una vida independiente con relación al hombre que primitivamente lo produjo; el producto aparece como un ser ajeno, como "un poder independiente del productor"[62]. Como categoría histórica nace, entonces, en el momento en que el hombre es desapoderado del objeto que crea, a partir

[61] Darío Melossi, *La estrategia del control social del capitalismo*, en "Papers, Revista de Sociología", Pirámide, Barcelona, nº 13, 1980, p. 175.

[62] David Baigún, *Culpabilidad y alienación*, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 123 y ss.

del instante en que éste, en lugar de ser destinado a colmar sus necesidades, cobra vida autónoma, una existencia independiente y, en ese proceso, el hombre se esclaviza paulatinamente frente a sus propios productos hasta llegar a construír —hombres y objetos— entidades extrañas entre sí, protagonistas divorciados[63].

De la relación singular entre el trabajador y su producto, el autor de los *Manuscritos* asciende a otros niveles; la alienación se desplaza hacia el marco más amplio de la estructura de poder en la fábrica capitalista, donde el nexo, si bien sigue siendo idéntico, tiene connotaciones más extendidas; las expresiones usadas por Marx: *"potencia extraña"*, *"voluntad extraña"*, *"fuerza extraña"*, sinónimos todas de alienación, denotan no sólo las características de pérdida, para el trabajador, de objetivación (una formación inmanejable), sino también de conciencia de la faz aparente de la estructura (mistificación)[64]; dicho de otro modo, es la fetichización del producto, formulación que trasladada al campo filosófico no es otra cosa que la categoría de reificación definida como objetivación alienada, pero que encierra las tres características antes mencionadas.

La traslación de estas ideas al sistema macrosocial pertenece ya al enfoque económico-social. En *La ideología alemana*, ahora en compañía de Engels, el pensamiento de Marx, en referencia concreta al tejido social y a las consecuencias de la división del trabajo, se traduce de este modo: "La plasmación de las actividades sociales, esta consolidación de nuestros propios productos en un poder material, erigido sobre nosotros, sustraído a nuestro control, que levanta una barrera ante nuestras propias expectativas y destruye nuestros cálculos, es uno de los momentos fundamentales que se destacan en el desarrollo histórico. El poder social, es decir, la fuerza de producción multiplicada, que nace por obra de la cooperación de los diferentes indivi-

[63] Ídem, p. 128.
[64] *El capital*, libro primero, secc. IV.

duos bajo la acción de la división del trabajo, se les aparece a estos individuos, por no tratarse de una cooperación voluntaria, sino natural, no como un poder propio, asociado, sino como un poder ajeno, situado al margen de ellos, que no se sabe de dónde procede ni adónde se dirige y que, por tanto, ya no puede dominar, sino que recorre, por el contrario, una serie de fases y etapas de desarrollo peculiar e independiente de la voluntad y los actos de los hombres y que, incluso, *dirige esta voluntad y estos actos* (la bartardilla es nuestra)[65].

El concepto de alienación, en los tres niveles de análisis propuestos por Marx —relación singular, fábrica, tejido social—, ha sido desarrollado tanto en el campo filosófico como en el sociológico con diferentes matices, aunque muchos de ellos no denuncien una identificación con su génesis. En la sociología moderna, Melvin Seeman[66] trata la alienación dentro del marco teórico de la sociedad de masas y le atribuye cinco dimensiones dentro de una clasificación precisa. Una de ellas, el *"powerlessness"*, o sentimiento de impotencia, equivale a la ausencia de control o la probabilidad para el individuo de que su conducta no determine resultados, y proviene, según Daniel Vidal[67], de los *Manuscritos* de 1844, donde —como ya lo señalamos— el obrero aparece separado de los medios de producción sobre los cuales no tiene control. Otra, el *"self entrangement"* (ausencia de autorrealización), también exhibe estrecha cercanía con la incapacidad del individuo de hallar una autorrecompensa en la actividad que realiza, semejante a un átomo errante dentro de una situación inmanejable.

[65] Carlos Marx y Federico Engels, *La ideología alemana*, trad. de Wenceslao Roces, Pueblos Unidos, Montevideo, 1959, p. 35.

[66] *El estudio de la alienación en la sociedad de masas*, en Rieser, Seeman, Vidal, Kon, Amiot y Touraine, *La alienación como concepto sociológico*, Signos, Buenos Aires, 1970, p. 97.

[67] Ídem, *La alienación: estructura del sin sentido*, ps. 103 y ss.

Alain Touraine[68], viejo conocido de nuestros lectores, después de afirmar que se impone la necesidad de un análisis directamente sociológico, identifica la alienación con la ruptura de la relación entre el productor y los instrumentos o el producto social de su trabajo; esa relación —que nunca es directa— está regida, en una sociedad de masas, por el rol desempeñado por las mediaciones que se interponen entre productor y producto. Si esto es así, si la ruptura se produce por la ingobernabilidad del producto, por la interferencia de las mediaciones, entonces, el parentesco entre la ausencia de control en Seeman (*powerlessness*) y la objetivación a que alude Marx en sus *Manuscritos* es bien visible, aunque difiera su terminología.

Un símil de esta formulación es el que propugna André Gorz en el plano filosófico; empleando enajenación en lugar de alienación[69], la define como una "objetivación objetivada, construída de tal manera que se encuentra negada en su finalidad propia, en beneficio de una finalidad extraña"[70]; las finalidades antitéticas de los hombres no derivan en logros que se proponen, sino en resultados que les son ajenos, en una fuerza que los domina, en una consecuencia distinta de la meta perseguida. Y la misma idea es la que ingresa en la esfera de la política cuando Joseph Gabel, no obstante afirmar que la forma típica de la alienación en la sociedad industrial moderna no es la econó-

[68] *La alienación, de la ideología al análisis*, ob. cit. en notas 66 y 67, p. 122.

[69] Enajenación es el término utilizado por Hegel; Marx también utiliza la expresión enajenación en sus escritos juveniles, pero —a medida que se aparta del idealismo— va dejando su uso. Es una consecuencia lógica de la observación de Juan Carlos Agulla (*Teoría sociológica. Sistematización histórica*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 89), quien señala el significado de fenómeno social que le asignaba Marx a la alienación a diferencia de Hegel, para quien constituía una pieza fundamental de la noción del espíritu.

[70] André Gorz, *Historia y enajenación*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1964, p. 62.

mica sino la política, sostiene que lo importante del aporte de Marx reside en la existencia de la falsa conciencia que, para el pensador que citamos, se convierte en el núcleo de la categoría, en un módulo inmanente de las relaciones humanas[71].

Si hemos pasado brevemente la suerte corrida por el concepto de alienación en las ciencias humanas ha sido, precisamente, para demostrar que la concepción originaria de Marx —enriquecida en algunos casos, trastrocada en otros— conserva sus perfiles relevantes en todas las investigaciones teóricas. No se trata de insistir en la vigencia de la relación que nace del eje fuerza de trabajo-producto, contemplada por el autor de *El capital* en los tres niveles antes mencionados, sino de examinar la validez de la categoría —alienación— en el funcionamiento interno de la empresa o corporación. No nos cabe duda de que las notas comunes generalmente aceptadas, tanto en el aspecto objetivo —fetichización, objetividad, extrañamiento— como en el subjetivo —conciencia de la faz aparente de la estructura o falsa conciencia— componen la relación trabajador-producto, reconocida, como vimos, en el macrosistema social; lo que nos parece un dato genuino de la empresa o corporación es que esas notas comunes también se advierten en el nexo existente entre los titulares originarios y la ganancia, y entre ésta y los directivos de la organización con la diferencia específica de que en la relación anterior el producto aparece enfrentado al trabajador, mientras que, en la segunda, la ganancia o interés económico converge con las finalidades de los protagonistas de la relación; el efecto inverso, que en el primer caso gobierna el objeto antitético, actúa en el segundo como estímulo de los sujetos de la organización.

Pero amén de este rasgo típico, ¿cómo se manifiestan esos aspectos comunes en el funcionamiento interno de la

[71] Joseph Gabel, *Sociología de la alienación*, trad. de Noemí Fronto de Labrune, Amorrortu, Buenos Aires, 1973, p. 30.

corporación? En primer lugar, como definimos en el comienzo de este apartado, el interés económico o la ganancia se distancia progresivamente de los titulares iniciales; en ello influye decisivamente la intervención de los directores que operan como un factor de mediación del vínculo; la relación del interés económico con los directivos desplaza paulatinamente la existente con los titulares. En segundo término, y como consecuencia de lo anterior, se fortalece la objetividad del interés económico, se afirma su dominio y crece su autonomía en la misma medida en que aumenta el proceso de acumulación. Este cuadro, que se conforma en un segundo nivel, es el que llamamos *alienación paralela* que, a nuestro entender, constituye la nota saliente de la calificada tercera unidad real de la acción institucional.

El resultado obvio es la hegemonía, el acrecentamiento del poder de determinación del interés económico, que expande sus redes sobre los componentes materiales de la empresa y las subjetividades que en ella actúan dentro del proceso de convergencia a que aludíamos antes[72].

Estamos ya en condiciones de enhebrar el producto normativo: la organización y el interés económico, tarea, en verdad, parcialmente realizada al examinar cada uno de los estratos por separado. En el esquema de las sociedades anónimas y corporaciones, al cual nos hemos ceñido, la acción institucional aparece como el producto de la decisión de los órganos mediante el juego de los mecanismos estatutarios; es la aplicación del "código oficial" del sistema normativo. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la decisión reconoce etapas anteriores que sólo se

[72] Otra explicación sobre la diferente actitud del grupo económico y las personas individuales en la realización de acciones lesivas a los bienes jurídicos, en Beatriz de la Gándara Vallejo, *El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de lege ferenda*, "Curso de Derecho Penal Económico", Enrique Bacigalupo (director), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 55.

explican mediante el funcionamiento de la organización; cada una de estas etapas, a su vez, exhibe diferentes variables —fines reales y racionales, comunicación, poder, conflictos—, que acompañan, intervienen y a veces interfieren en la génesis de la resolución final. Pero, al mismo tiempo, todas las variables, en su dominio propio, actúan según el impacto de un denominador común: el interés económico que, por su importancia, hemos aislado conceptualmente como unidad real. De este modo, la circulación en el entramado de la organización, ya sea horizontal o verticalmente, lleva impregnado el signo del interés económico; cualquiera sea la vía usada —formal o informal—, la acción institucional definitiva recoge un mandato sobredeterminado y no el resultado de la voluntad de las individualidades. Estas líneas de intercomunicación que se vinculan con la decisión constituyen, ciertamente, el verdadero código al cual todos obedecen; en otros términos, junto con la regulación estatutaria que rige la ejecución de los objetivos sociales, es el *segundo código* el que en puridad instrumenta la real "voluntad" de la corporación o sociedad anónima; así nace la acción institucional. Este aspecto caracterológico, del cual no se puede prescindir para el conocimiento de la acción institucional, no es otra cosa, en definitiva, que el equivalente homólogo de la acción humana aprehendida por el sistema penal convencional; nada hay de irreverente, entonces, cuando se la reconoce como un presupuesto óntico del sistema de imputación, de idéntico modo que la teoría del delito tradicional se construye a partir de la conducta del hombre y sus caracteres.

3. TRASLADO AL SISTEMA DE IMPUTACIÓN. SU REFLEJO EN EL NUEVO MODELO.

Reconocida la naturaleza específica de la acción institucional, surge de inmediato el interrogante de cómo trasladarla al plano de la imputación; en primer término, de-

terminar cómo se recogen sus distintas modalidades; en segundo lugar, precisar su perímetro o sus límites —pues alrededor de la organización y aprovechándose de ella se realizan comportamientos que son ajenos a ella— y, en tercer lugar, establecer dónde está el comienzo y el fin de la acción institucional. En verdad, todos estos problemas deben ser resueltos al examinar la construcción del sistema, pues, como no se nos oculta, las modalidades son materia del tipo, los límites se emparentan con la determinación del cúmulo de sujetos activos dentro del tipo, el comienzo se vincula en el *iter criminis* —en especial, la tentativa—, y el fin está ligado indisolublemente a la imputación, pero conviene que los anticipemos aquí para conocer el marco en que opera la acción institucional —ya convertida en producto de la tríada antes mencionada—; son, según nuestro criterio, parámetros fundamentales sin los cuales no se puede entender el modelo, porque la acción institucional se incorpora *ab initio* recortada con estas notas.

A) *Acciones con voluntad social dolosa, voluntad social negligente y omisivas.*

En la construcción de cualquier sistema normativo se requiere que los mandatos y prohibiciones de las normas estén dirigidos a las acciones, no a hechos de la naturaleza o procesos causales ciegos[73]; en nuestro diseño, es obvio que estos mandatos y prohibiciones se circunscriben a las acciones de las personas jurídicas. Sus modalidades, por consiguiente, deberán ser consideradas tomando en cuenta este referente si es que pretendemos mantener la esencia penal del esquema *ad hoc*.

Al igual que lo que ocurre en el derecho penal convencional, las acciones desaprobadas socialmente pueden ser

[73] *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 11ª ed., 1970, p. 50.

enderezadas a producir una situación o un proceso (resultado); el producto apunta a un logro por medio de un hacer. Es el paralelo de los delitos dolosos de comisión, que en el ámbito de las personas jurídicas podríamos identificar como comisión por voluntad social dolosa aunque, obviamente, no se trata del mismo dolo de la acción humana.

Pero es posible que la acción institucional sea negligente, indiferente ante ciertas exigencias del ordenamiento, las especiales reglas de cuidado, cuyo incumplimiento también produce resultados no aprobados socialmente; aquí, el cuadro asemeja los llamados delitos culposos y la imputación naturalmente debe atender al carácter comisivo culposo del comportamiento.

En una dimensión no menos importante, el ordenamiento jurídico manda la ejecución de acciones destinadas a mantener un estado deseado socialmente (protección del bien jurídico) y conmina con una pena la omisión intencional de dichas acciones (Welzel) o establece ciertos deberes para quien se encuentra en posición de garante y, no obstante esta situación, el obligado permanece inactivo a pesar de la posibilidad que tiene de conocer su emplazamiento; son los denominados delitos de omisión. Respetando la relación del mandato o prohibición con la especial naturaleza de la acción institucional, estas categorías pueden ser reconocidas por el nuevo esquema aunque, como se extrae a ojos vista, el contenido del dolo y la culpa varían respecto de los conceptos tradicionales[74].

B) *Límites.*

A) En cuanto a los límites, una primera clasificación permite detectar conductas en el marco interno de la entidad, las ejecutadas por miembros de la organización, contra la propia persona jurídica o contra otros integrantes de

[74] Sobre esta cuestión volveremos en extenso en el capítulo sobre tipicidad.

ella; estas acciones se mantienen dentro del marco del sistema penal ordinario, sometidas a las reglas conocidas. En el ámbito externo se detectan, frecuentemente, comportamientos delictivos de directivos o de otros integrantes de la empresa que invocan la representación del ente o la utilizan como pantalla; también en este caso, si los actos pertenecen a la esfera individual, las acciones quedan abarcadas por el derecho penal convencional.

B) Una segunda clasificación impone deslindar la acción institucional dirigida hacia fuera —la más importante es el eje de este trabajo— de la que se vuelca hacia dentro, la cual perjudica al personal o funcionarios de la entidad (v.gr., infracciones a las disposiciones sobre salubridad en el trabajo). Las dos variantes son genuinas acciones institucionales, registran los componentes que hemos examinado anteriormente; por consiguiente, son objeto de la imputación en el sistema *ad hoc* propuesto, con la aclaración obvia de que en el primer supuesto exceden los fines establecidos por el estatuto y favorecen los intereses de la sociedad[75], y autolesionan a la sociedad en el segundo.

Pero las dos clasificaciones no completan acabadamente el perímetro; en la práctica social se presentan casos en que la escisión entre la órbita de la acción humana y la que encierra la acción institucional no resulta muy prolija; aun a riesgo de omitir algunos, examinaremos ciertos ejemplos de la literatura especializada.

a) Tanto en los países del derecho continental como en los que pertenecen a la esfera anglosajona, es visible la existencia de las sociedades monoaccionarias, es decir, aquellas en las cuales el 100 % de las acciones pertenecen, en la realidad, a un solo titular (*"close corporation"* o sociedad íntima); la acción institucional no responde ortodoxamente

[75] En materia comercial, la realización de actividades que van más allá de los fines sociales pertenecen al estudio de la teoría de los actos *ultra vires*, con diferencias en el derecho anglosajón y en el continental, Headrick, ob. cit., p. 486.

a los componentes multifacéticos del modelo que hemos tomado como eje del sistema; por el contrario, resulta nítida la identificación de la acción individual como génesis del comportamiento. Sin embargo, la necesidad de evitar una disminución de las consecuencias —la exclusión favorecería al ente jurídico así estructurado— aconseja incluír la situación dentro del esquema de imputación[76].

b) La existencia de sociedades destinadas ex profeso a la actividad delictiva es un dato frecuente de la realidad contemporánea; resulta innecesario afirmar que sus actividades nada tienen que ver con la naturaleza de la acción institucional, pues la entidad es sólo un instrumento o mecanismo de acciones individuales; por otra parte, como es sabido, la ley comercial fulmina desde un comienzo como nulas las sociedades creadas con fines ilícitos[77]. No obs-

[76] Esta razón nos ha hecho modificar el punto de vista sostenido en el trabajo citado en la nota 2 de la Introducción. Otro problema similar, desde la perspectiva teórica y, también, desde el enfoque de manejo de intereses, es el que plantean las denominadas "subsidiarias totalmente controladas" ("*wholly owned subsidiaries*"), donde la sociedad o el grupo económico decide desarrollar una explotación mediante otra sociedad, de la cual posee la totalidad del capital accionario. Sergio Le Pera (*Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979, ps. 100 y 101) dice, con razón, que se trata de una misma actuación pues, en verdad, son formas distintas del manejo de patrimonios, dependiente de una conducción central. Se podría agregar que el círculo se extiende a otras instrumentaciones societarias conocidas (controladas, subordinadas o afiliadas), pero en todas ellas —como en las monoaccionarias— nuestro esquema se diseña a partir de la acción institucional emergente de cada unidad jurídica, aunque en su génesis o formación, es decir, en el funcionamiento de las tres unidades reales ya estudiadas, graviten los integrantes del grupo como factores externos. En el sistema de imputación penal, el modelo propuesto es ajeno a las soluciones elaboradas en el campo del derecho societario para determinar la titularidad de los patrimonios: teoría del *disregard*, del allanamiento de la personalidad, de la apariencia, influencia dominante, etc. Sobre el manejo de los grupos societarios, ver también David Baigún y Salvador D. Bergel, *El fraude en la administración societaria*, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 64 y ss.

[77] V.gr., en el derecho argentino, la ley 19.550, art. 18.

tante tales características, la calidad de sociedad artificial, la incluímos dentro del sistema.

Las sociedades fraudulentas no son similares a las que se denominan simuladas; en éstas, los fines son lícitos, pero se encubren ciertas situaciones o se trastruecan parcialmente algunos datos con el propósito de mejorar la posición de los accionistas. En los Estados Unidos es frecuente la constitución de corporaciones para determinados objetivos especiales que no cuentan con el capital imprescindible para satisfacer estos fines (la intención visible es limitar la responsabilidad patrimonial ante los eventuales riesgos del emprendimiento); o, también, la estructuración de diversas sociedades independientes entre sí cuando, en verdad, se trata de una subdivisión ficticia destinada a acrecentar beneficios en materia tributaria[78]. Estas modalidades de la simulación, u otras similares, no se equiparan a las fraudulentas; las acciones siguen siendo institucionales y, por ende, integran naturalmente el sistema de la imputación.

c) Razones de política criminal aconsejan también contemplar las irregulares dentro del esquema siempre que se hallen inscritas: es exacto que la presencia de ciertos vicios legales impide hablar de una persona jurídica completa, pero si la falta es de aquellas que no anulan su capacidad legal, la acción institucional se parifica a la de las completas; cuando la sociedad actúa frente a terceros en las mismas condiciones, apartarlas del régimen de imputación significaría otorgarles un beneficio por una circunstancia intrascendente, ajena a su esencialidad[79].

[78] Un ejemplo similar en la República Argentina sería la elusión en el campo tributario, aun cuando parte de la doctrina no la considere conducta delictiva.

[79] En el derecho comercial argentino existe una encendida polémica acerca de la concepción de la sociedad irregular y su diferenciación con la sociedad en formación: Ernesto Eduardo Martorell, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 61 y ss.; Raúl Aníbal Etcheverry, *Nuevos matices legales en el período fundacional de las sociedades comerciales*, "L.L.", t. 1984-B, p. 644; Horacio Fargosi, *Cuestiones preliminares sobre la reforma*

d) Más clara es la situación de las sociedades que incumplen algunas de las obligaciones estatutarias referidas a las formalidades impuestas por la ley, v.gr., la convocatoria a las asambleas de los accionistas o la aprobación de ciertas actividades por parte del órgano directivo (directorio en la anónima, consejo de administración en la corporación); el déficit de funcionamiento, por negligencia o incuria de los responsables no debe marginarlas del sistema.

e) Aunque ya se ha anticipado en el párrafo *c*, es obvio que sólo pueden ser incluídas en el sistema de imputación las sociedades inscritas, registralmente o conforme a otros mecanismos institucionales; los conflictos surgidos en torno de la formación de la persona jurídica son extraños a la exigencia de un límite preciso de la acción institucional en el modelo diseñado[80].

C) *Comienzo y fin de la acción institucional.*

Queda un problema pendiente, de vital trascendencia para la aprehensión de la acción institucional por el sistema normativo. En efecto: ¿a partir de qué momento la decisión institucional comienza a ser valorada por el derecho?; ¿dónde finaliza la zona de preparación y dónde el comienzo de ejecución? Desde la óptica del derecho penal convencional, la decisión institucional pertenece al campo antetípico; sólo procede la imputación de los actos pertene-

---

de la ley de sociedades comerciales, "A.D.L.A.", t. XLIII, 3673, ap. 14. Antonio Tonón, *La evolución de la sociedad irregular en el derecho argentino*, "R.D.C.O.", nº 91, p. 97, sostiene la existencia de sociedades irregulares inscritas. En el derecho anglosajón, una parte de la doctrina las asimila a las *partnerships*, con responsabilidad limitada a los bienes aportados por los accionistas por medio de la doctrina de la *facto corporation* (Headrick, art. cit., p. 485).

[80] Sobre el *iter* del proceso de formación de la persona jurídica en el campo del derecho comercial comparado, ver Ana Isabel Piaggi y Arnoldo Kleidermacher, *Propuesta legislativa para la regulación del iter constitutivo en la ley 19.550*, "L.L.", t. 1979-B, p. 831.

cientes a su ejecución, los producidos por las personas físicas —directivos, empleados o terceros—, que actúan como prolongación de la resolución. En el esquema que proponemos, el comienzo de la imputación se determina en el momento en que se conforma el acuerdo en el órgano —v.gr., un hecho de contaminación o de concentración monopólica— sin aguardar los actos concretos que pongan en ejecución la medida. Si en el sistema penal clásico es posible un retroceso en la imputación con el objeto de abarcar ciertos eslabones preparatorios, nada impide, en la construcción proyectada, el desplazamiento del comienzo de ejecución al momento en que se configura la decisión institucional; la circunstancia de que ésta sea efecto o conclusión, en el plano de la génesis organizacional, no obsta para que en el ámbito del sistema actúe como punto de partida de la imputación estableciendo el límite inicial de su existencia.

No se nos escapa, por otra parte, el influjo decisivo que esta formulación posee sobre los componentes del modelo teórico; si la acción tiene existencia por la toma de decisión institucional, es claro que las diversas actividades que en ella se originen se hallarán condicionadas por la decisión y deberán ser valoradas a partir de su contenido; obviamente, la tentativa, el concurso y los problemas de autoría y participación deberán resolverse con arreglo a este enfoque, pues un diseño congruente requiere, para el abordaje de estos rubros, definir acabadamente el concepto de unidad de acción y el significado de cada uno de los elementos que la integran; son los típicos que dejamos para capítulos ulteriores.

El límite final de la acción está unido, umbilicalmente, con la desaparición de la persona jurídica. Durante el período de liquidación, la entidad sobrevive por las necesidades propias de efectivizar este mecanismo; los actos realizados son aún actos de su existencia. Determinar el momento en que técnicamente se la da por extinguida no es un problema teórico sino del campo legislativo, como se

desprende de las distintas soluciones que ofrecen los sistemas jurídicos; el esquema *ad hoc* no puede prescindir, sin embargo, de este dato que, salvando las distancias, equivale a la muerte de la persona física; al igual que en la teoría del delito, debe recurrir a un referente externo.

Situación similar se advierte en la llamada fusión de sociedades. En la actualidad, el fenómeno de concentración ha convertido en moneda corriente este mecanismo, dirigido, en muchos casos, a diluír la responsabilidad de las personas jurídicas; fieles a nuestro esquema, la acción institucional de la entidad absorbida no se desplaza hacia la absorbente; contradiría el esquema de imputación, que parte, como se ha visto, del acuerdo institucional y su relación causal con el resultado. Pero, como bien señala Desportes[81], la fusión no se debe confundir con la trasformación, operativo en que la persona jurídica conserva su identidad; en esta coyuntura, el fin de la acción no se decide por la nueva nomenclatura.

[81] *La responsabilité pénale des personnes morales*; Francis Le Gunehec, *Le nouveau droit penal*, t. 1: *Droit pénal général*, Económica, Paris, 1994, p. 431.

Capítulo II

TIPICIDAD[1]

La naturaleza tripartita de la acción institucional, cualitativamente diferente de la acción humana, plantea desde un comienzo un interrogante válido previo a cualquier otra consideración; ¿es posible subsumir la acción institucional en el tipo del modelo teórico clásico, o se requiere la construcción de un tipo asociado o paralelo, asimétrico, asignado al comportamiento de la persona jurídica?[2]. Esta última opinión, obviamente, depende de la respuesta a la primera pregunta, pues si la adecuación (tipicidad) resulta inviable, no quedará otra alternativa que diagramar un modelo especial (asociado) equivalente al tipo tradicional.

Cabe subrayar, en primer lugar, que nosotros proponemos recortar la imputación de la acción de las personas jurídicas a ciertos delitos; en segundo término, que los límites o el perímetro de la acción institucional aparecen prefijados no sólo por la naturaleza de esta acción, sino también por razones de política criminal —recordemos, respecto de esta última nota la incorporación de las sociedades frau-

[1] Parte de este capítulo figura en un trabajo publicado en "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", edición en homenaje a Ricardo C. Núñez, Nueva Serie, nº 1, Universidad Nacional de Córdoba, 1995, p. 53, con el epígrafe *La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas denominado doble imputación.*

[2] Marxen, según explica Gracia Martín en *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en "Actualidad Penal", 39-25, 31 de octubre, 1993, p. 598, utiliza la denominación de tipo asociado para ser aplicado al órgano o representante de la persona jurídica en virtud de la regla del parágrafo 14 (actuante por otro) del Código alemán.

dulentas irregulares y las monoaccionarias—. Nada obsta, como veremos enseguida, para que el modelo teórico acuda al tipo penal tradicional, aunque el ajuste requiera una interpretación trasformadora, acorde con el juicio de tipicidad.

Según Welzel[3], la historia del concepto de tipo arranca de la clásica obra de Beling *Lehre vom Verbrechen,* de 1906; las variantes de su evolución pueden leerse en los textos más difundidos[4]. En el estado actual de la teoría del delito, existe coincidencia en cuanto a la necesidad de que el tipo contemple, en la forma más precisa posible, los elementos que describen la materia de prohibición de un delito determinado, el reflejo del bien jurídico según el sentido de la norma[5], el objeto de la acción, las modalidades que resultan necesarias para la comprensión, y la presencia del dolo o de la culpa; obviamente hay que incluír los llamados fragmentos ausentes (Jescheck)[6], que el legislador remite a la complementación (v.gr., en los de imprudencia e impropios de omisión). Este esquema puede ser trasladado al ámbito de la acción institucional en sus tres diagramaciones posibles: el tipo de comisión con voluntad social dolosa, el tipo negligente de comisión y el tipo de omisión (con sus dos variantes: voluntad social dolosa y negligente); veamos sus notas características, aquellas en que la acción institucional pone su sello[7].

[3] *Derecho penal alemán*, ob. cit., p. 79.

[4] V.gr., Welzel, *Derecho penal alemán* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez), 11ª edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, p. 1079; Jescheck, p. 221.

[5] Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 156, adopta un criterio distinto: el tipo, como disvalor social objetivo, se describe desde el bien jurídico.

[6] *Tratado de derecho penal*, Parte general, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comera, Granada, 1993, p. 222.

[7] Debe quedar bien claro que nuestro inventario de problemas no pretende ser exhaustivo ni alcanzar el grado de profundidad que el tema requiere; simplemente, son lineamientos para la discusión ulterior.

1. TIPOS DE COMISIÓN CON VOLUNTAD SOCIAL DOLOSA.

1.1. *Tipo objetivo.*

En la doctrina contemporánea es idea aceptada la división entre tipo objetivo y tipo subjetivo, aunque algunos autores prefieren partir del tipo global y caracterizar como elementos objetivos y subjetivos los componentes de cada uno de los dos sectores del tipo[8], identificarlos simplemente como aspectos[9] o adoptar la división entre hecho típico objetivo y hecho típico subjetivo[10]; el marco reducido de este análisis impide referirnos a cada una de estas sistematizaciones que, por cierto, no agotan las propuestas. Nosotros hemos decidido tomar como referente un recorte del modelo welzeliano, no sólo por razones de simplificación, sino también porque él ha penetrado profundamente en la bibliografía vernácula.

Pero la adopción del modelo —la reflexión es válida aun en el supuesto de que acogiéramos otro— requiere una aclaración previa: el sentido de objetividad en el tipo objetivo no se refiere a la objetivación de la voluntad en un hecho externo[11], sino a la descripción de la acción con prescindencia de los fenómenos anímicos objetivados entre los cuales se halla, naturalmente la voluntad. Son las conocidas circunstancias de hecho observadas con independencia de la interacción existente entre quienes protagonizan el suceso y el suceso mismo. No se trata de negar que en muchos verbos, en el núcleo de la acción, estén implícitos momentos anímicos (v.gr., engañar, apoderarse, defraudar, etc.) sino de recoger el significado descriptivo pues, de lo contrario, resultaría imposible subsumir la acción institu-

[8] Ver, por ejemplo, Jescheck, ob. cit., ps. 246 y ss.

[9] Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1982, t. III, p. 263.

[10] Stratenwerth, ob. cit., ps. 75 y ss.

[11] Welzel, ob. cit., p. 93.

cional, tal cual la consideramos, en el diseño del tipo. En puridad, es el mismo esquema que rige para el tipo subjetivo, donde se debe prescindir de los elementos subjetivos especiales —sólo concebibles en el sujeto humano— y asignarle a la voluntad social dolosa el mismo papel que desempeña el dolo en el sistema convencional con una significación obviamente diversa, como veremos párrafos más adelante.

A) *Sujeto activo.*

Volvamos al tipo objetivo; ¿cuáles son las notas distintivas que aparecen en la nueva propuesta? Como es sabido, los ingredientes particularizados del tipo objetivo describen la acción, el objeto de la acción, el resultado —no siempre— de las circunstancias externas al hecho y los sujetos[12]; sin coincidencia unánime en cuanto a la denominación de estos elementos, hay, en cambio, acuerdo general respecto de su contenido.

Comencemos con el sujeto activo. Una interpretación trasformadora del tipo debe detenerse, sin duda, en este punto. En el campo teórico penal algunos autores escinden dos categorías, denominando sujeto activo a quien lleva a cabo o realiza la acción descrita en el tipo legal[13], mientras que le asignan la calidad de autor a quien, amén del requisito anterior, reúne otras características especiales que circunscriben su ámbito de actuación (v.gr., gobierno o manejo de la acción); otro sector, no menos relevante[14], se refiere directamente al autor sin hacer diferenciación alguna.

En el ámbito de las personas jurídicas parecería razonable acoger la dualidad apuntada, ya que es visible la

[12] Jescheck, ob. cit., p. 247.

[13] Bustos Ramírez, *Manual...*, cit., p. 169, a quien acompañan en esta posición, entre otros, Rodríguez Mourullo, Cobo-Vives (ver Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, Cívitas, Madrid, 1977, ps. 267 y 268).

[14] Entre otros, Bacigalupo, *Manual...*, cit., p. 91; Jescheck, ob. cit., p. 248; Zaffaroni, *Tratado...*, cit., p. 282.

diferenciación entre la persona jurídica que es "hechora" —la acción ejecutada por sus propios integrantes— y la persona jurídica que toma la decisión y encomienda su realización a otras personas físicas, pero, como veremos más adelante, en el esquema propugnado por nosotros, el comienzo de la acción se produce ya en el acto del acuerdo, de modo que la distinción entre sujeto activo y autora, en lugar de facilitar la interpretación, introduciría una complicación innecesaria en el análisis de los componentes; preferimos, en consecuencia, regirnos con el criterio de la imputación, al que nos referimos líneas más adelante [15].

Formulada nuestra posición, se plantean de inmediato dos interrogantes.

a) El primero reside en saber a quién se le atribuye la calidad de sujeto activo cuando la acción institucional se subsume en el tipo objetivo; ¿al órgano o al representante?; ¿o es la propia entidad la que reviste tal carácter? Si, como hemos visto en otro capítulo, la persona jurídica no tiene otro modo de actuar que por medio de sus órganos, no advertimos inconveniente alguno en asignarle el carácter de sujeto activo pues el órgano —constituído, obviamente, por personas físicas, o los representantes— sólo son brazos de un mismo cuerpo, modos de aparición de la acción institucional.

b) El segundo, vinculado con el anterior, surge cuando la ejecución posterior a la decisión es realizada por terceros ajenos a la persona jurídica —generalmente empleados o funcionarios—. La persona jurídica, en este caso, no pierde la calidad de sujeto activo, pues la decisión institucional ya es parte de la realización típica, del mismo modo que en la coautoría (funcional) es tan sujeto activo el que interviene en la decisión común al hecho sin actuar en la ejecución, como el que lo ejecuta habiendo antes participa-

[15] Corregimos el concepto de un trabajo anterior, *La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación*, citado antes.

do del acuerdo[16]; problema diverso es la valoración de la actividad del empleado o funcionario que actúa como instrumento o cómplice de la persona jurídica, que debe resolverse conforme a las reglas comunes del derecho penal convencional.

Como no escapará el lector, la clave de nuestra proposición estriba siempre en la naturaleza cualitativamente diferente de la acción institucional; la idea de concederle a la persona jurídica la calidad de sujeto activo no es otra cosa que admitir la posibilidad de imputación, a nivel típico, al hacedor real del comportamiento, y no encubrir al verdadero sujeto activo, como pretende Octavio de Toledo; si bien es cierto que las personas jurídicas "nacen, se modifican y mueren a voluntad de las personas naturales", como señala este autor, la organización y el interés económico convierten sus acciones en acciones diferentes[17].

Delitos comunes y especiales: La propuesta de imputar a la persona jurídica como sujeto activo genera, sin duda, consecuencias en la clásica división de delitos comunes y especiales; es por todos conocido que en los primeros cualquiera puede ser sujeto activo ("el que" o quien indiferenciado), en tanto que en los segundos se requieren ciertas notas o características peculiares; asimismo, es generalmente aceptada la subdivisión de estos últimos en delitos "de propia mano", delitos especiales en sentido estricto y delitos en sentido amplio, o también delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Se trata de saber si este cuadro taxonómico tiene alguna vigencia respecto de las personas jurídicas.

Ya hemos señalado que el sistema de la doble imputación se dirige preferentemente al campo de los delitos contra el medio ambiente y económicos; en su gran mayoría son comportamientos que pueden ser realizados indiferenciadamente por personas naturales o personas jurídicas, es

[16] Zaffaroni, ob. cit., t. IV, ps. 329 y ss.
[17] Bustos Ramírez, ob. cit., p. 248.

decir, que ingresan dentro de la categoría de delitos comunes. Sin embargo, hay casos en que sólo el ente normativo está en condiciones de proyectar y ejecutar ciertas acciones por la propia naturaleza de esta situación, prevista por el mismo ordenamiento, verbigracia: la acción institucional dirigida hacia adentro, en menoscabo de los integrantes de la organización (lesión de la protección laboral)[18]. Aquí, la limitación impuesta por la ley obliga a considerar al delito como especial propio o especial en sentido estricto.

B) *La descripción de la acción.*

Hemos anticipado que nuestra preocupación se centra en las notas distintivas que genera la especificidad de la acción institucional. Nada hay de diferente en la interpretación de la acción institucional, pero la circunstancia tan repetida de que la teoría del delito se ha construído sobre la base de la conducta humana puede suscitar algunas dudas al producirse la concreta subsunción.

En efecto, muchos de los verbos utilizados por los tipos penales están emparentados directamente con el proceso de la psique, con la conducta humana (engañar, defraudar, falsificar, etc.). En la exégesis que requiere el nuevo modelo, la conexión de los verbos debe hacerse con el producto de la decisión institucional, con la resolución de la persona jurídica por medio de su órgano; en los tramos recorridos por la decisión institucional pueden existir una o más actividades e, igualmente, uno o más actos posteriores que son secuelas de la decisión y que integran su *corpus*. Aunque parezca superfluo, la interpretación deberá escoger como válido el producto decisional prescindiendo de otros componentes; las actividades realizadas fuera del marco de la resolución, sea originada en actitudes personales de los miembros del órgano o las consecuencias de otras

[18] Sobre estos delitos *in extenso*, ver Antonio Baylos y Juan Terradillos, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.

decisiones, no pertenecen a la acción institucional concreta, aunque en este último supuesto pueden formar parte de otra unidad de acción institucional.

Causalidad e imputación objetiva: Nada hay de diverso en la relación entre acción institucional y resultado que nos induzca a conferirle un tratamiento especial al problema de la causalidad; no se nos oculta que en la mayoría de los tipos diagramados para los delitos económicos (delitos de la competencia, tributarios, cambiarios, etc.) el itinerario entre la voluntad social dolosa y el resultado se desarrolla, casi exclusivamente, en el entramado de las relaciones sociales, incluídas las regulaciones jurídicas; ello no obstante, los conflictos de interpretación que puedan presentarse tienen soluciones similares a las que se propugnan en la teoría de la causación adecuada o la relevancia típica.

Y no se nos escapa, de igual modo, que la teoría de la imputación objetiva puede ser utilizada como correctivo de las insuficiencias de la adecuación o de la relevancia[19] con el objeto de decidir, en ciertos casos límite, la verificación de la tipicidad en los delitos de resultado mediante ciertos parámetros de imputación extraídos de la propia norma. La nota cualitativamente diferente no está aquí, precisamente, sino en el rol bivalente que juega la imputación objetiva en la esfera de las personas jurídicas, en cuanto se la invoque para cubrir las lagunas de la teoría causal. Si admitimos que se trata de un criterio de valoración para determinar el nexo entre acción institucional y resultado, deberemos reconocer que la imputación objetiva, amén del papel de correctivo del tipo, sirve de eje a la atribuibilidad, presupuesto de la responsabilidad, categoría esta última que en el sistema diseñado sustituye a la culpabilidad.

[19] Bacigalupo caracteriza la imputación objetiva como una superación de la teoría de la relevancia (*Manual...*, cit., ps. 98 y 99). Bustos Ramírez, para quien la imputación objetiva pertenece a la antijuridicidad, la emparenta con la teoría de la adecuación (*Manual...*, cit., p. 201). Maximiliano Rusconi (*Los límites del tipo penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 40) la menciona en conexión con la causalidad adecuada.

En la teoría convencional[20] puede ser objeto de polémica la ubicación de la imputación objetiva, pero en el modelo que proponemos se convierte en un enunciado básico, sin el cual resulta imposible construír la responsabilidad como categoría autónoma; de esto nos ocuparemos en un capítulo próximo.

1.2. *Tipo subjetivo.*

A) *Los elementos.*

También la interpretación de esta categoría del tipo tradicional requiere una digresión previa. Es opinión coincidente en el pensamiento penal que la subjetividad es sinónimo de la persona humana, de su aparato psíquico; tanto el conocimiento y voluntad —componentes del dolo— como los elementos subjetivos especiales sólo son concebibles en un esquema construído sobre la acción del hombre; esta circunstancia nos obliga, ineludiblemente, a apoyarnos en una interpretación diversa si es que aspiramos a ajustar la acción institucional al tipo penal en el nuevo sistema.

En primer lugar, es obvio que los llamados elementos subjetivos especiales, unificados por la doctrina en un solo epígrafe o divididos conforme a distintos criterios taxonómicos[21] no pueden ser acogidos por el modelo; la acción

[20] Por razones obvias no podemos extendernos sobre las significaciones que la doctrina moderna le asigna a la imputación objetiva. Una información acabada, en Margarita Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992. Antes, Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Qué es la imputación objetiva?*, *Estudios penales y criminológicos*, t. X, Univ. Santiago de Compostela, 1987, ps. 169 y ss. Recientemente, Paz M. de la Cuesta Aguado, *Tipicidad e imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentina), 1998.

[21] Bacigalupo, por ejemplo, distingue entre especiales elementos subjetivos de la autoría y elementos del ánimo (*Manual de derecho penal*, Ed. Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, ps. 114 y 115). Bustos Ramírez (*Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1989, ps. 186 y 187) clasifica en elementos subjetivos de intención trascendente, subje-

institucional no admite en ningún caso, por su propia naturaleza, intenciones trascendentes, elementos subjetivos de tendencia o elementos psicológicos situacionales, —tomando algunos de los más conocidos en la bibliografía corriente— sin que ello signifique desconocer su potencial presencia en las individualidades actuantes en la conformación de la decisión institucional.

En segundo término, el dolo definido clásicamente en la teoría del delito como conocimiento y voluntad de realización del tipo[22], requiere, para ser trasladado al ámbito de la acción institucional, una significación de sus dos elementos que permita posibilitar su adecuación a la naturaleza de la acción institucional; es cierto que ya no podremos hablar de dolo a secas; amén de las razones del lenguaje, su equivalente en la persona jurídica, al modificarse el contenido del conocimiento y voluntad, exige paralelamente un concepto cualitativamente diferente, acorde con su materia composicional; es lo que definimos como voluntad social dolosa.

Detengámonos ahora en el elemento cognitivo. ¿Dónde reside la distinción entre el conocimiento de la persona humana y el de la persona jurídica si recordamos, una vez más, que la entidad está compuesta y actúa por medio de las personas físicas?, o ¿por qué pretender una dual significación del conocimiento si, en definitiva, los únicos que conocen son los seres humanos?

La respuesta sigue la guía que nos hemos trazado. La acción institucional, como producto, no genera la voluntad

---

tivos de tendencia, subjetivos de expresión, psicológicos situacionales y subjetivos de ánimo o carácter.

[22] Bacigalupo, ob. cit., p. 103. Es verdad sabida que no toda la doctrina estudia el dolo dentro del capítulo correspondiente al tipo. Con independencia de los teóricos del causalismo, algunos autores contemporáneos le asignan —v.gr., Jescheck (*Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 219)— una doble posición: como determinante de la dirección de voluntad (tipo) y como resultado de la formación de la voluntad del autor (culpabilidad).

social dolosa a partir de la acumulación o suma de los conocimientos individuales, ni tampoco requiere que cada miembro del órgano aporte necesariamente su conocimiento; el producto de la decisión, en su proceso de elaboración, puede recurrir a una o varias individualidades, escoger una u otra de sus manifestaciones, pero el resultado se obtiene en un nivel diferente; lo denominamos información construída. Es el ejemplo reiterado de la votación en un directorio, donde sólo algunos de los miembros tienen conocimiento de las circunstancias del tipo o ese conocimiento proviene de un tercero ajeno al órgano y, no obstante ello, la resultante se convierte en la voluntad social dolosa.

Nuestra óptica ambiciona ser congruente y no sumar ficciones. En la jurisprudencia de algunos tribunales de Estados Unidos[23] se recurre a la teoría de la departamentalización para obtener una contestación satisfactoria a la pregunta sobre dónde ubicar la intención delictiva; partiendo de la subdivisión de actividades (departamentos) y extrayendo de cada uno de sus protagonistas el conocimiento vinculado a su actuación, se suman los diferentes conocimientos para asignárselo finalmente a la corporación. Sin duda que este procedimiento conduce a la atribución de una psique a la persona jurídica, a su psicologización, pero exhibe el mérito, según nuestro enfoque, de reconocer la autonomía de la decisión institucional.

No escapará al lector que la presencia de un conocimiento *sui generis* en la persona jurídica establece que la

[23] "United States v. Band of New England", Court First Circuit (en el artículo de Ann Foerschler, cit., p. 1305). La corte sostuvo que hay que considerar al banco como una institución y que su conocimiento de los hechos es la suma del conocimiento de todos los empleados. En "United States v. Shortt Accountancy Corp." (Court Ninth Circuit) decidió la culpabilidad de la acusada por suscripción falsa de reintegro de impuestos, no obstante que un empleado actuó sin conocimiento mientras que otro actuó conociendo la maniobra, pero sin realizar personalmente ninguna maniobra irregular. Este último fallo está vinculado con lo que decimos en el párrafo anterior.

relación sólo puede determinarse respecto de ciertos ingredientes del tipo objetivo; como lo hemos recordado antes, las circunstancias que lo integran no sólo se refieren a la acción —elemento descriptivo—, sino también a sus modalidades y datos de tiempo y lugar, amén de los ingredientes de naturaleza normativa, con valoración jurídica. Descartados estos últimos[24], el conocimiento institucional queda reducido al aspecto puramente fáctico con la aclaración de que, obviamente, también se prescinde de los momentos subjetivos que coexisten con la pura objetividad de la descripción[25]. Anticipándonos a la problemática del error de tipo, si dos o tres directores, cuya contribución se requiere para obligar al órgano de una persona jurídica, deciden obtener un reintegro tributario a partir de la comunicación equivocada del órgano impositivo, el desconocimiento institucional sobre esa circunstancia excluye la aplicación del tipo de defraudación tributaria[26] y la situación no varía

[24] La similitud entre los elementos normativos del tipo y la antijuridicidad tiene incidencia directa sobre la composición del error de tipo y del error de prohibición (Francisco Muñoz Conde, *El error en derecho penal*; Ed. Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 1989). La confusión entre la compensación de los ingredientes normativos y la comprensión de la antijuridicidad nos fuerza a eliminar el elemento normativo del error admisible en la persona jurídica, pues, como señalamos en otro artículo (*Libro de homenaje al Prof. Isidoro De Benedetti*, Depalma), la culpabilidad queda apartada del modelo teórico que proponemos y, por ende, desaparece el error de prohibición como causa de inculpabilidad, entre otras razones, porque se presume que la persona jurídica, por su propia estructura, está obligada a conocer todas las regulaciones legales.

[25] Welzel, ob. cit., p. 93, se refiere a estos elementos subjetivos como "tendencia de la voluntad que las conduce y anima" en las acciones objetivas de "apropiarse", "engañar", "sustraer", "coaccionar". En el apartado anterior sobre "descripción de la acción", nos atenemos a la significación objetiva de los verbos que definen el núcleo del tipo; va de suyo que prescindimos de la tendencia a la que se refiere Welzel.

[26] Tomamos "defraudación tributaria" en su significado genérico; en las legislaciones concretas puede ser encuadrada en distintas denominaciones.

aunque uno de ellos, en minoría, conociendo el origen del equívoco, callara la realidad, porque lo que importa es el desconocimiento institucional, y no el de cada uno de los funcionarios que integran el órgano; naturalmente, la valoración de la conducta del director bien informado debe ser enmarcada dentro del ámbito del derecho penal convencional.

En cuanto a la voluntad social como segundo componente de la voluntad social dolosa, caben reflexiones idénticas a las que giran en torno del elemento cognitivo en el plano de la equivalencia con el dolo tradicional; la voluntad social no es patrimonio de ninguna de las individualidades que integran el órgano; es propia de la decisión institucional y no admite la acumulación (suma) o la consideración particularizada de las voluntades personales; parafraseando lo que dice Bustos Ramírez[27], no interesa la forma en que se ha gestado, sino su proyección en la realidad.

Para detectar la voluntad social, nada hay más certero que la propia decisión; sea por votación o por acuerdo, si el órgano resuelve la realización de la lesión al bien jurídico, se cumple la condición para que, previo o coincidente con el conocimiento institucional, podamos hablar de voluntad social dolosa; la dificultad no reside en comprender la posibilidad de esta composición, sino en formular las modalidades de la voluntad social siguiendo la terminología del derecho convencional, pues, como es conocido, las tres formas del dolo se conectan con el querer de la realización del tipo.

No nos parece insuperable el escollo si nos manejamos con el concepto de voluntad social ya delineado. Si la decisión exhibe como meta un resultado y los medios elegidos objetivamente son aptos para producirlo, podremos

[27] *Manual...*, cit., p. 179. Didier Guerin (*L' introduction en droit français de la responsabilité des personnes morales*, en "Petites Affiches", nº 149, 10/12/96) habla de voluntad deliberada.

afirmar que la voluntad social dolosa es directa, pues lo que importa es la conexión objetiva entre la decisión y el resultado; del mismo modo habrá que diseñar el esquema cuando, como resultado emergente de la meta fijada, se producen "consecuencias secundarias" inevitables conforme a esa conexión objetiva. Es el equivalente del dolo de consecuencias necesarias (o indirecto) de la teoría del delito, pero con la importante diferencia de que en el ámbito de las personas jurídicas, la seguridad del otro resultado —las consecuencias— no proviene de un proceso de intelección del ser humano sino de la objetividad de la relación entre la decisión institucional y la meta programada.

Sin duda, la ecuación es, aparentemente, más compleja cuando abordamos el correlato del dolo eventual o condicionado; es sabido que la clave para resolverla, en el derecho penal convencional, reside en determinar cuáles circunstancias que "el autor se representa como existentes o previsibles pueden caracterizarse como queridas por él"[28] o, con términos de Bacigalupo, cuál es el *plus* que se requiere en la representación de la realización del tipo penal[29]. De modo contundente, es en el ámbito de la representación donde se define la presencia del dolo eventual.

Esta formulación desecha, desde un comienzo, una de las soluciones propuestas por las corrientes contemporáneas: el asentimiento, porque, cualesquiera sean las modalidades invocadas —conformidad con la realización del supuesto típico, indiferencia—[30], ambas se asientan en el elemento volitivo o en la llamada "aprobación interna", que no es otra cosa que una variante de la voluntad. Es cierto que esta hipostasión podría ser trasladada a la esfera de la voluntad social extrayendo el consentimiento de la relación entre la acción institucional y el resultado, pero ello nos

[28] Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 107.

[29] Enrique Bacigalupo, ob. cit., ps. 112 y 113.

[30] Stratenwerth, ob. cit., ps. 110 y ss.

conduciría a una extensión innecesariamente forzada, sobre todo si, como veremos a seguidas, contamos con la posibilidad de otro apoyo.

En efecto, la solución denominada "teoría de la probabilidad", que en los lineamientos doctrinales aparece en un desarrollo anterior, permite, no obstante su génesis visible en el elemento cognitivo, elaborar una interpretación más ajustada a nuestro planteamiento. Si la probabilidad es entendida como la medida cuantitativa de la posibilidad de realización de un acontecimiento, como la relación entre posibilidad y realidad[31], no vemos obstáculo insalvable en definir el plus que exige la forma eventual como sinónimo de esa vinculación. Se trata, no lo ocultamos, de un nexo objetivo, marginado de los presupuestos contemplados por la casi totalidad de los partidarios de la teoría de la probabilidad, pero exhibe el mérito de conservar una terminología que tiene ya sobrado prestigio en el modelo tradicional; con el agregado lógico, además, de que la acepción asignada es la única congruente con la conexión objetiva entre decisión y meta propuesta, utilizada antes para fundamentar la voluntad social dolosa directa y la de consecuencias necesarias.

B) *El error de tipo*[32].

Al examinar los componentes de la voluntad social dolosa, anticipamos las condiciones en que puede invocarse

[31] David Baigún, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967, ps. 23 y ss.

[32] La temática del error es abordada, por la mayoría de los autores, a continuación del tratamiento del dolo; Bustos Ramírez (*Manual...*, cit., p. 257) considera que debe ser estudiada una vez agotados los problemas del injusto. Nuestro trabajo no pretende terciar en la polémica; incluímos el error en este capítulo simplemente para evitar un nuevo elemento de fricción, cuya elucidación demandaría un nuevo espacio. De cualquier modo, y a título provisional, pensamos que la ubicación no incide sobre la estructura del modelo que proponemos.

el error de tipo. Son claras las diferencias con la teoría tradicional: en primer lugar, la ausencia del elemento cognitivo en la decisión institucional sólo se conecta con la acción descriptiva del tipo objetivo, incluídas, como se dijo, las circunstancias de tiempo y lugar; es ejemplo de acción institucional atípica el caso de los residuos tóxicos, arrojados al mar por decisión del órgano de la persona jurídica, sobre la base de una información técnica que certificaba su carácter de inocuo[33]. En segundo término, y vinculado con lo anterior, el desconocimiento del órgano de la persona jurídica no puede estar referido al ingrediente normativo cuando éste posee significación jurídica porque, para realizar sus objetivos sociales, la entidad se halla obligada a informarse sobre las regulaciones existentes. La diferencia entre las dos situaciones —ingredientes descriptivos y normativos— no se apoya, como en la teoría tradicional, en que los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial[34] y los normativos una "construcción consciente", sino en una razón de política criminal, pues, en ambos casos, en el instante de adoptarse la decisión, la información es igualmente construída, pertenece al circuito colectivo del órgano. Este encuadramiento permite, por otra parte, apreciar el momento en que se exige el conocimiento con un único criterio, ya que, como vimos, el comienzo de ejecución de la acción institucional tiene una línea de largada definida, resultante de la propia naturaleza de la decisión. No cabe, pues, deslindar entre el momento de

[33] Es obvia la exigencia de un error invencible: idoneidad del certificado, imposibilidad técnica de eliminarlos de otra manera, etc. Razones de espacio nos impiden discutir el posible traslado de los problemas del error de tipo tradicional; cuando recae sobre un elemento esencial —vencible o invencible—; cuando recae sobre elementos accidentales (en especial, el llamado error sobre el nexo causal) o cuando repercute sobre circunstancias inherentes a la punibilidad. El eje del análisis sigue siendo, naturalmente, la conexión objetiva entre la decisión institucional y el resultado.

[34] Bacigalupo, *Manual...*, cit., p. 107.

ejecución concreta y el anterior al hecho, sin perjuicio de que esta distinción posea validez para la apreciación del comportamiento de las personas físicas.

2. TIPOS DE COMISIÓN CON DECISIÓN INSTITUCIONAL NEGLIGENTE.

Ninguna de las denominaciones del derecho penal convencional (tipo imprudente de comisión, tipo negligente o, simplemente, tipo culposo de comisión) responde matemáticamente —desde el punto de vista terminológico— a la significación real de la acción institucional negligente o descuidada; lo que importa, sin embargo, no es el hallazgo de un equivalente exacto del concepto utilizado por la teoría del delito, sino determinar las notas que la caracterizan.

La acción institucional, por su carácter y modo de ejecución, puede no estar dirigida al logro de un resultado, sino a otros fines; pero si viola las reglas de cuidado establecidas por el ordenamiento jurídico y, como consecuencia de ello, provoca resultados intolerables socialmente, se asemeja, sin duda, a la modalidad culposa clásica. La similitud no se apoya, es obvio, en el proceso psíquico de los protagonistas[35] sino en que el carácter —Welzel habla permanentemente de clase— y el modo de ejecución expresan, ya, la contravención del cuidado; los ejemplos de la práctica social que en materia de delitos contra el medio ambiente admiten la aplicación de la fórmula son en verdad frecuentes y, por qué no, casi cotidianos[36], factor que incrementa la importancia del problema teórico.

En una primera exploración, dos son las cuestiones que interesan en la actuación de las personas jurídicas: de una

[35] Welzel, ob. cit., ps. 182 y ss. En la teoría del delito es conocida esta formulación: la creencia de que no se producirá el resultado o la ausencia de un pensamiento concreto acerca de su producción.

[36] No ocurre lo mismo en la esfera de los delitos económicos; aquí son prácticamente inhallables.

parte, el deber de cuidado y, de la otra, la cognoscibilidad (institucional) del resultado, el paralelo de la tan conocida previsibilidad del resultado[37]. Respecto de la primera, es sabido que en el modelo culposo tradicional, el tipo penal no describe el deber de cuidado en cada situación concreta[38], sino un deber genérico, cuya infracción acarrea la punición siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos (características del autor, resultado del tipo); una vez conocidas las circunstancias en que se produce la acción, procede el parangón entre la acción realizada y el deber de cuidado requerido.

El problema fundamental reside, entonces, en determinar cuáles son las circunstancias que deben computarse en el hecho específico; si es necesario tomar en cuenta la especial capacidad del autor —criterio individual— o si la valoración se debe realizar objetivamente, prescindiendo de esas condiciones especiales[39]. Si trasladamos el esquema al campo de las personas jurídicas, parece congruente con el modelo propuesto acudir al criterio individual, dado que las personas jurídicas, por sus objetivos prefijados, presumen una idoneidad especial para afrontar los conflictos en que pudieran estar envueltas; no sólo cabe suponer una capacidad particularizada, sino también un conocimiento "profesionalizado" de la situación, que significa un verdadero *plus* en la exigencia del deber de cuidado.

Por otra parte, el criterio individual es el que mejor se compagina con el llamado "cuidado interno" —observación de las condiciones en las cuales se realiza la acción, cálculo del curso futuro, cálculo de la evolución del peligro adver-

[37] La doctrina dominante no distinguía, años atrás, entre la culpa del tipo objetivo y del tipo subjetivo; seguimos este esquema para la confrontación. Ver para este tema el reciente *Manual...*, de Bacigalupo, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

[38] Bacigalupo, *Manual...*, cit., Temis, 1983, ps. 213 y ss.

[39] Por todos, Bacigalupo, ob. cit., p. 214. Es obvio que, en nuestro esquema, "criterio individual" es sinónimo de persona jurídica y no de las personas físicas que la integran.

tido— y con el denominado "cuidado externo"[40], que se refiere al comportamiento apropiado, "hacia afuera", dirigido a evitar el resultado. Tanto en uno como en otro supuesto, el cumplimiento de estas reglas se conecta indisolublemente con el proceso de interacción de las unidades reales a que nos referíamos páginas antes; el cuidado también registra un costo económico para la empresa y, al mismo tiempo, una disminución de beneficios y, en la valoración singularizada, este factor no puede ser soslayado; un ejemplo trasparente de la importancia que posee la naturaleza de la acción institucional en la exégesis de los componentes del tipo.

En cuanto a la segunda cuestión, la relación entre la decisión institucional negligente de la persona jurídica y el resultado, la ecuación se debe resolver de modo parcialmente diferente del que se utiliza en la teoría tradicional; el vínculo entre la infracción del deber y la consecuencia se determina conforme al patrón usado para definir el nexo entre voluntad social dolosa y resultado, es decir, a través de la conexión objetiva. Este nivel de análisis no se debe confundir con el que pudiera hacerse desde el punto de vista de la imputación objetiva, donde el nexo, si bien se apoya en la conexidad objetiva, pertenece al plano de la atribución, se estructura "desde afuera" o, con otra expresión, en tanto la conexidad objetiva es el objeto de valoración, la imputación objetiva se determina desde el ángulo del sujeto que la valora.

Si, como venimos insistiendo, el conocimiento institucional carece de los ingredientes propios de la psique humana, parece inviable recurrir a la tradicional fórmula de la previsibilidad para resolver el problema de la necesidad de algún grado de anticipación del resultado por parte de la decisión institucional, o de previsión de la conexidad objetiva. La solución reside, a nuestro entender, en detectar la relación entre el contenido de la decisión del organismo y el resultado, algo similar a lo que sucede en la teoría

[40] Jescheck, ob. cit., ps. 525 y ss.

tradicional cuando ese acude a la previsibilidad objetiva para justificar la punibilidad de la llamada culpa inconsciente, en la cual, como es sabido, está ausente el elemento cognitivo del sujeto responsable. La detección de ese nexo es el paralelo de lo que Jescheck califica como segundo factor de la conexión entre el injusto del resultado y el de la acción[41]. Se trata, en definitiva, de una cuestión unitaria examinada en dos planos diferentes: el primero aborda la conexidad objetiva entre la infracción del deber y el resultado; el segundo, la imputación de esa conexión a la persona jurídica según la relación entre el contenido de la decisión institucional y el resultado.

No hallamos ninguna nota distintiva respecto del modelo tradicional en lo que concierne al riesgo permitido. Incorporado al tipo culposo, según algunos autores, perteneciente a la antijuridicidad; según otros, el riesgo permitido no es otra cosa que la "tolerancia social de cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos"[42] en el ámbito de la práctica social. La actuación de las personas jurídicas no escapa a este contexto; muy al contrario, su protagonismo se desenvuelve dentro de un marco impregnado de estos componentes; tal vez lo relevante de esta situación sea la incidencia del riesgo en la valoración del deber de cuidado, el papel que debe desempeñar como correctivo de esta categoría, vinculado, naturalmente, al criterio individual de interpretación al cual nos referimos en un párrafo anterior.

3. TIPOS DE OMISIÓN.

A) *Propios e impropios.*

Los delitos de omisión no son región exclusiva de las acciones humanas; también cabe suponer circunstancias de

[41] Jescheck, ob. cit., p. 533.

[42] Bacigalupo, ob. cit., p. 214. Ídem, Marco Antonio Terragni, *El delito culposo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 28. En el ámbito de los delitos económicos, ver Laura Zuñiga Rodríguez, ob. cit., p. 219.

hecho similares en el ámbito de las personas jurídicas, especialmente con referencia a las lesiones al medio ambiente.

El primer interrogante que se plantea está vinculado con la tradicional división entre delitos propios de omisión y los impropios de omisión, en los cuales, como es conocido, los primeros se distinguen porque encierran un mandato de acción que no es cumplido, y los segundos, por la exigencia de que se evite la producción de un resultado. Las decisiones de las personas jurídicas pueden ser muchas veces contemplativas o, dicho de otro modo, no exhibir la programación de un proceso ni desencadenar actividades. En este sentido, la actitud contemplativa es un denominador común, tanto de los casos en que no se realiza la acción ordenada, como de aquellos en que no se impide la producción del resultado; pero mientras que la acción mandada requiere necesariamente una tipificación particularizada, el mandato de evitar un resultado no tiene modelo propio, se halla contenido en el tipo comisivo. Para decirlo con palabras de Bacigalupo, no está expreso en la ley, al igual que las condiciones que "determinan su equivalencia en la acción positiva de producir el resultado prohibido"[43].

Los supuestos de hecho imaginables en la actuación de las personas jurídicas con relación a los delitos propios de omisión no son muchos, pero sí posibles; es el ejemplo de la obligación de actuar mediante ciertos mecanismos en zonas o regiones ya prohibidas o contaminadas, situación que, si bien es contemplada normalmente por el derecho administrativo, también puede ser trasladada al campo penal.

En su trasporte al plano teórico, es perfectamente concebible la presencia de los componentes de la tipicidad requeridos por la opinión dominante en la doctrina: la situación típica, el mandato y el poder de hecho de realizar la acción[44], con la puntualización de que este último re-

[43] Bacigalupo, ob. cit., p. 226.

[44] Seguimos la programación teórica de la mayoría de los autores modernos, entre otros, Bacigalupo, ob. cit., ps. 228 y ss.

caudo debe ser abarcante del conocimiento institucional acerca de las circunstancias externas que hacen posible el ejercicio del poder (v.gr., medios técnicos, infraestructura, plazos temporales, etc.).

La posibilidad de aplicar la categoría de los delitos impropios de omisión al comportamiento de las personas jurídicas es más frecuente; sin perjuicio de los tres elementos característicos ya mencionados (propios de omisión), la doctrina destaca como notas diferenciales la producción de un resultado que corresponda al supuesto de un hecho positivo (delito de comisión) y la posición de garante, que se conforma cuando, a partir de los deberes especiales previstos para el autor, éste debe responder por la no evitación de un resultado punible[45]. Ambas características son observables en la actuación de las personas jurídicas.

La exigencia de un resultado vinculado con la omisión de actuar suscita el interrogante de saber cómo se determina esa relación en el modelo que proponemos. La literatura especializada de nuestro tiempo considera, mayoritariamente, que se debe marginar la aplicación de la teoría de la causalidad y recurrirse, en cambio, a la imputación objetiva, pues el nexo se conforma, en definitiva, según la finalidad y contenido de la norma. Optar por una u otra solución no varía nuestro planteo; lo que interesa es reconocer que la relación se establece entre la actitud contemplativa (institucional) y el resultado, pues es a partir de esta formulación como se determinará cuándo y en qué circunstancias el cumplimiento de la acción omitida hubiera podido impedir el resultado.

El juicio sobre esta suposición registra connotaciones especiales; la actuación de las personas jurídicas permite trazar —al igual que lo que ocurre con las personas físicas— una hipótesis del grado de probabilidad (desde casualidad hasta la certeza) con que la realización de la acción omitida hubiera podido evitar el resultado, pero es

[45] Además de Bacigalupo (ob. cit., p. 226), es opinión casi unánime.

aquí donde juega un papel decisivo la caracterología del ente colectivo; la confrontación debe tomar en cuenta el desarrollo hipotizado con criterio objetivo, considerando lo que la empresa realiza habitualmente, su *modus operandi*, su profesionalidad.

Sobre esta plataforma se puede elaborar el criterio acerca del riesgo corrido por el bien jurídico; la infracción del deber de actuar se puede considerar existente si su cumplimiento hubiera reducido el peligro para el bien jurídico con un grado de probabilidad aceptable (la posibilidad a la que se refieren los teóricos), determinado por parámetros técnicos y científicos; basta esa disminución para que podamos enjuiciar la acción omitida como generadora del resultado.

En cuanto a la posición de garante, las clasificaciones ensayadas en el plano de la teoría del delito, si bien imperfectas, pueden servir como pautas para guiar nuestras reflexiones; descartadas las situaciones generales de garantía[46], las situaciones particulares se han conformado en función de las fuentes del deber; desde el punto de vista histórico, la ley y el contrato aparecen en este orden sucesivo, y se agregan posteriormente el hecho precedente que pone en riesgo el bien jurídico, las relaciones de comunidad y el ámbito de dominio[47].

En un exhaustivo estudio sobre problemas básicos de la dogmática jurídico-penal y política criminal en torno de

[46] Son comunes a todos los tipos penales y no se corresponden, obviamente, con los delitos impropios de omisión.

[47] Stratenwerth, ob. cit., p. 293; Bacigalupo, en su conocida tesis *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, ps. 120 y ss., incluye estas fuentes dentro de dos categorías previas: posición de garante para la defensa de un determinado bien jurídico y posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro, según la vinculación con el bien jurídico provenga de la relación existente con el sujeto titular del bien jurídico o se dirija a la defensa de cualquier bien jurídico frente al peligro de lesiones que pueda derivarse de una determinada fuente.

la criminalidad de empresas, Bernd Schünemann[48] examina la responsabilidad de garante de los órganos de dirección de la empresa con relación a los hechos punibles e infracciones administrativas cometidos por los subordinados, y llega a la conclusión de que la fuente de la posición de garante se funda en el dominio que ejercen los directivos, tanto sobre las cosas peligrosas como sobre el comportamiento de las instancias inferiores, comportamiento que se conecta con las relaciones de poder y el ámbito de competencia. Si bien el análisis se refiere al nivel de la responsabilidad y al papel de los directivos, la formulación puede ser trasladada sin recortes al plano del tipo impropio de omisión, donde la persona jurídica juega el rol de sujeto activo de la omisión; la posición de custodio también puede asentarse aquí, en el dominio que ejerce sobre la empresa, fuente de peligro que abarca, al igual que en los ejemplos de la teoría convencional, no sólo el creado por la propia entidad colectiva, sino, también, el que se origina en el producido por terceros, comprendidos en su ámbito de influencia.

Pero si la fundamentación pareciera insuficiente debemos recordar que, por la propia operatividad de la empresa, el riesgo —al menos el generado directamente por ella— constituye, por sí mismo, el hecho precedente que apunta a la lesión del bien jurídico, considerado por la doctrina como una fuente clásica del deber de garantía[49]; aparece así, aunque parcialmente, un segundo soporte teórico que permite disipar cualquier duda acerca de la posibilidad de convertir a la persona jurídica en titular de la posición de garante.

[48] *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, "Zeitsschrift für Wirtschaft", Wistra, Stener, Strafrecht, año 1, fascículo 2, ps. 41-50, trad. de Daniela Bruckner y Juan Antonio Lascurain Sánchez.

[49] Ver Stratenwerth, ob. cit., ps. 296 y ss.

B) *El tipo subjetivo con voluntad social dolosa de omisión.*

Es exacto que en los delitos convencionales existe una diferencia de estructura entre el dolo de los comisivos y el que gobierna los omisivos[50], pero en el esquema aplicable a las personas jurídicas tal distinción no parece la más adecuada; mientras que la escisión entre voluntad de realización y ausencia de realización de la acción (teoría del delito) señala una diferencia tectónica, en el área institucional la omisión puede provenir tanto de una ausencia de decisión como de la decisión de no asumir el deber mandado; la unidad terminológica —voluntad social dolosa— resulta la conveniente porque el equivalente del cuasi-dolo sólo se daría, parcialmente, en uno de los perfiles de la omisión[51].

¿Cómo se formula la necesidad de la voluntad social dolosa en la omisión? En los delitos propios, el conocimiento institucional se conecta con el cuadro situacional generador del deber de actuar y con la posibilidad de realización de la acción mandada, tanto en el caso de ausencia de decisión como de decisión de no asumir la obligación; en los impropios, la conexión se extiende al resultado y a la posición de garante, pues estos dos componentes se incluyen, según lo vimos, en el contenido del tipo.

La detección de la voluntad social es algo más complejo; en el supuesto de ausencia de una decisión (delitos propios), la manifestación de la voluntad social sólo se aprehende de manera implícita pues la inactividad del órgano deja subsistente la imputación a la persona jurídica; en cambio, la exteriorización es visible cuando la toma de de-

[50] Bacigalupo y buena parte de la doctrina lo denominan "*cuasi-dolo*", ob. cit., p. 232.

[51] En la teoría del delito se habla de cuasi-dolo porque sólo está presente en la omisión el elemento cognitivo; no hay dolo pleno. En nuestro esquema, esta situación sería equiparable sólo al supuesto de ausencia de una decisión institucional, pero no al caso restante (Bustos Ramírez, ob. cit., p. 245).

cisión no asume el deber instituído, o, en los delitos impropios de omisión, cuando la persona jurídica, en su condición de garante, está obligada a evitar el resultado.

Pero ambos ingredientes —conocimiento institucional y voluntad social— solo pueden relacionarse con el resultado mediante la imputación objetiva; la conexidad objetiva, a la cual nos hemos referido tantas veces, responde al desarrollo de un proceso en el mundo físico y no puede, por consiguiente, constituírse en el soporte de una relación que se define por la finalidad de la norma. Al igual que en la teoría convencional, acudir a la imputación objetiva parece el camino correcto.

C) *El tipo subjetivo con actitud negligente.*

La infraestructura típica (tipo objetivo) de las conductas con actitud negligente es la misma que describimos en un parágrafo anterior (3.A) al referirnos a la división entre delitos propios e impropios de omisión; es un soporte válido tanto para la inacción con voluntad social dolosa como para los casos en que la persona jurídica adopte una actitud negligente[52].

La neta diferencia entre estas dos modalidades reside en la relación que se establece entre el conocimiento institucional (información construída) y los ingredientes de la infraestructura típica. En tanto que en los delitos de omisión con voluntad social dolosa se requiere el conocimiento de cuadro situacional generador del deber de actuar, de la posibilidad de realización de la acción mandada (en los propios), y en los impropios, además, las circunstancias de la posición de garante y posibilidad del resultado, en la omisión con actitud negligente la persona jurídica desconoce los componentes que integran la infraestructura; pero —y esto es decisivo—, cuenta con el poder de conocerlos.

[52] En el derecho penal convencional, el esqueleto es igual; por todos, Stratenwerth, ob. cit., p. 341.

Al igual que en el comportamiento omisivo[53] con voluntad dolosa, la capacidad de reacción de la persona jurídica en este caso se mide con el parámetro de la capacidad individual; la profesionalidad, el *modus operandi* habitual, en definitiva, la caracterología del ente colectivo (v. antes 3.A), determinan la posibilidad de ese saber.

No hay, consecuentemente, una diferencia cualitativa entre el cuadro que exhibe el delito propio del que se presenta en el impropio; el "poder conocer" está en uno y otro; sólo los sectores geográficos son diversos; en los delitos propios se requiere que el poder de conocer abarque los tres elementos ya mencionados: la situación típica, el mandato y la posibilidad de actuación; volviendo al ejemplo que dimos antes, la exigencia se focaliza en la capacidad que tiene la empresa de informarse sobre la región contaminada y proceder en consecuencia para evitar el resultado.

En los delitos impropios de omisión, la fórmula de "poder conocer" los tres componentes resulta superflua; es un requisito ya implícito en el papel de garante, porque si la persona jurídica ha asumido el rol protector estamos autorizados a suponer que conoce la situación típica, la existencia del mandato y el poder de realizar la acción. Precisamente, esta circunstancia es uno de los factores que permiten asignar mayor intensidad de injusto a los delitos impropios que a los propios, como se revela en el ejemplo de una empresa que maneja energía atómica y que cuenta en su planta con personal en permanente estado de riesgo.

[53] Aunque referido al comportamiento humano, acudimos al significado abarcativo que le asigna Gimbernat Ordeig, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1987, p. 592.

Capítulo III

ANTIJURIDICIDAD

Cualquier modelo que se pretenda sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas requiere, por definición, la incorporación del concepto de antijuridicidad, pues, aun poseyendo la acción institucional una entidad cualitativamente diferente, siempre será imprescindible confrontarla con el ordenamiento jurídico; si bien el concepto de tipo de nuestro esquema exhibe un perfil diverso en comparación con el clásico, la realización de las circunstancias previstas dentro de su perímetro sólo dará lugar a una consecuencia si se halla en contradicción con el derecho y en tanto lesione un bien jurídico (la llamada antijuridicidad objetiva).

La esencia del juicio de valor acerca de la contradicción entre el ordenamiento y la acción institucional no se modifica por la naturaleza disímil de esta última; no desaparece la vigencia de la norma general que prohíbe acciones y que puede ser desconocida por la acción institucional (antinormatividad) ni tampoco la relación entre el impacto de la norma y el sujeto receptor (sujeto pasivo); en este aspecto, la cuestión ni siquiera varía desde la óptica que sostiene la hegemonía del carácter de determinación que exhibe la norma, pues se olvida que si bien es cierto que las normas de determinación sólo pueden concretarse en deber respecto de un sujeto con capacidad de acción —atributo del que carece la persona jurídica—[1], conllevan, además,

[1] Éste es el argumento fundamental de Luis Gracia Martín (*El principio tradicional Societas delinquere non potest: estado de la cuestión en el de-*

la posibilidad de una reacción frente al mandato u obligación, efecto decisivo que está presente en el destinatario, tanto en la persona humana como en la jurídica.

No hay, por ello, obstáculo alguno en mantener incólume la diferencia conceptual entre antinormatividad y antijuridicidad. Esta categoría entra en juego —juicio de desvalor— si la realización del tipo con voluntad social dolosa, con actitud institucional culposa o incumplimiento del mandato, carece de una autorización, puesto que al igual que en el derecho penal convencional, la antinormatividad sólo deviene en antijuridicidad cuando, amén de la valoración de la norma, está ausente el permiso (justificación) del ordenamiento. De aquí que nos parezca legítimo conservar el uso del concepto de injusto (institucional) con significación diversa del de antijuridicidad[2]; el injusto institucional es la acción institucional antijurídica concreta (la concertación en el monopolio o la decisión de contaminar), en tanto la antijuridicidad siempre es una relación, el predicado del que habla Welzel[3].

Como se observa, la formulación de la antijuridicidad no genera grandes cambios; es en la problemática de las causas de justificación donde se requiere agudizar la imaginación: la naturaleza de la acción institucional se proyec-

---

recho penal español y en perspectiva europea comparada, "Actualidad Penal", nº 39, 25-31 octubre 1993, ps. 602 y ss.), quien, a partir de la distinción entre normas de determinación, de distribución y de valoración, afirma que "todo lo que puede ser imputado a la persona jurídica sólo puede estar situado en el sustrato que corresponde a las normas de valoración", y que las consecuencias jurídicas que corresponden a este nivel no pueden tener el carácter de sanciones. Laura Zuñiga Rodríguez, ob. cit., p. 225, afirma que, muchas veces, la norma se dirige directamente a las personas jurídicas. Sobre la importancia teórica de saber para quién se emite la norma se extiende Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 48.

[2] Welzel, ob. cit., p. 78.

[3] *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 1970, p. 78.

ta inexorablemente sobre la clase de justificantes que admite el sistema y —ya determinado el *numero clausus*— sobre los límites de cada una de ellas, teniendo presente, siempre, la inexistencia del elemento subjetivo de la acción.

1. LAS JUSTIFICANTES ADMITIDAS.

En la historia del derecho penal es harto sabido que las causas de justificación, diferenciadas de las de inculpabilidad, tienen ya su reconocimiento en la época de Bohemero (siglo XVIII), pero es también versión conocida que, hasta hoy, no se ha logrado coincidencia en cuanto a la determinación de su número; con excepción de la legítima defensa y del estado de necesidad, las restantes han bogado por los diversos mares de la teoría del delito sin hallar puerto seguro.

Tampoco los códigos penales concuerdan en cantidad y ubicación, como lo subraya Jiménez de Asúa en un capítulo especial dedicado a la "historia y legislaciones vigentes" [4]; aunque la mayoría las trata en la parte general, la clasificación y sitios son diversos. No hay, por tanto, antecedentes homogéneos en el derecho penal que permitan calificar como sacrílega cualquier propuesta de trasformación radical en el área de las justificantes.

Comencemos por señalar que en el derecho penal actual no existe consenso sobre su naturaleza; para quienes sostienen que la autorización o el permiso está reconociendo o creando un derecho, se trata del ejercicio de un derecho [5]; para quienes afirman que la antijuridicidad es objetiva, las causas de justificación también han de ser objetivas, pues extienden sus efectos a todas las áreas del ordena-

[4] *Tratado...*, t. III, ps. 1028 y ss., donde se alude a la legislación anterior a los códigos napoleónicos que incluían la legítima defensa en el capítulo de los delitos contra las personas.

[5] Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 581.

miento[6]; para aquellos autores que ven el ordenamiento en su conjunto, una expresión de bienes jurídicos en conflicto, las reglas permisivas son valoraciones autónomas destinadas a solucionar esa pugna[7].

Pero más compleja que la búsqueda de una unidad de criterios sobre la naturaleza es la tentativa de hallar un fundamento común. Superada la argumentación de la regla-excepción por sus limitaciones[8], la doctrina se ha esforzado por encontrar principios sobreordenadores[9] para la justificación del actuar típico. Aquí está el origen de las teorías monistas y pluralistas explicadas por la literatura corriente. Las teorías monistas, cuyo representante más conocido es Graf zu Dohna (*"teoría del fin"*) se estructuran sobre un único criterio rector: "la pretensión preferente del bien", "la prevalencia de la utilidad sobre el daño", "el empleo del medio adecuado para el logro del fin reconocido por el ordenamiento jurídico", "la ponderación de valores" o la "correcta regulación social de intereses y contraintereses", fórmulas todas consideradas en extremo abstractas, formales e inidóneas para distinguir las causas de justificación de otras exenciones de pena[10].

Las teorías pluralistas, en cambio, parten del concepto de injusto; si el contenido del injusto, como lo señala Mezger[11], es la lesión de intereses, la causa justificante de la conducta debe obedecer a dos fundamentaciones: o desaparece el interés que en los casos corrientes sería lesionado por el injusto ("principio de la ausencia de interés") o surge,

[6] Jiménez de Asúa, ob. cit., t. III, p. 1057.

[7] Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 201.

[8] Jiménez de Asúa, ob. cit., t. III, p. 1062; Zaffaroni, ob. cit., t. III, p. 581; Hans H. Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Comares, Granada, p. 291.

[9] Jescheck, ob. cit., p. 291.

[10] Jescheck, ob. cit., ps. 291 y ss.

[11] *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, Ed. Revista de Derecho Privado, ps. 408 y ss.

frente a dicho interés, otro de mayor valor ("principio del interés preponderante"), que convierte en conducta conforme a derecho lo que de otro modo hubiera sido la realización del injusto.

Esta fundamentación no significa desconocer que las justificantes se desprendan de su conexión con el "fin último del derecho" (Graf zu Dohna), pero permite una tipificación más ajustada de los casos en que una conducta pueda ser permisiva, extrayendo en cada situación el nexo entre el comportamiento (injusto) y el bien jurídico protegido.

Sin embargo, las objeciones a las teorías pluralistas exhiben parecida entidad a las formuladas a las monistas; sigue, sin límites precisos, la diferenciación entre causas de justificación y causas de inculpabilidad —también aquí emerge la colisión de deberes—, y en muchas justificantes son otros los componentes que legitiman su admisión[12]; la tendencia actual prefiere, como lo repiten casi todos los autores, dar el mínimo valor a una explicación totalizadora sobre los fundamentos y desplazar el interrogante a cada una de ellas en particular.

Este ámbito de discusión puede ser trasladado a las personas jurídicas pero con una advertencia ya anticipada: la diferente naturaleza de la acción institucional que, obviamente, se trasporta al tipo permisivo. Si aceptamos que las causas de justificación, por su esencia, son reglas de todo el ordenamiento jurídico, destinadas a resolver conflictos entre bienes jurídicos, el fundamento común para su reconocimiento en el sistema penal no es otro que la necesidad del Estado de definir cuáles son los mecanismos más adecuados para solucionar estas contiendas especiales en que actúa la persona jurídica. Se trata, en definitiva, de una estrategia de atribución[13], visible también en el derecho penal convencional.

[12] Jescheck, ob. cit., ps. 292 y 293.
[13] Ver capítulo I.

Desde esta perspectiva se debe examinar el problema del listado de causas de justificación y sus alcances partiendo del presupuesto previo de que el sistema de imputación sólo abarca determinados delitos: los económicos y los realizados contra el medio ambiente.

En el campo del derecho penal convencional —ya lo dijimos— no existe un criterio teórico homogéneo sobre el número de justificantes. Aceptados unánimemente el estado de necesidad y la legítima defensa, es objeto de larga polémica la incorporación del consentimiento, el denominado derecho de intervención en las relaciones (autorizaciones dispensadas a las autoridades, el uso de la coacción estatal, derecho de corrección), el derecho de autoayuda y la obediencia jerárquica [14]. Los desacuerdos en el derecho comparado se repiten en la doctrina nacional; Soler [15] incluye el cumplimiento de la ley (cumplimiento de un deber, ejercicio de autoridad o cargo), el ejercicio legítimo de un derecho, el consentimiento del interesado, el tratamiento médico-quirúrgico y las lesiones deportivas, la legítima defensa y el estado de necesidad; Núñez [16] menciona el estado de necesidad, los casos especiales de necesidad —aborto terapéutico y revelación del secreto por necesidad que es, en verdad, subcategoría de la primera—, la legítima defensa, las autorizaciones legales (analiza sólo algunas), el cumplimiento de un deber, el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo; Fontán Balestra sigue la enumeración del art. 34 del Código Penal y excluye el consentimiento [17]; Zaffaroni [18], después de ubicar las causas de justificación, por su fuente, en tres sectores: *a*) las que se hallan en la

[14] Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, ps. 153 y ss.

[15] *Derecho penal argentino*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1956, ps. 359 y ss.

[16] *Derecho penal argentino*, t. 1, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1970, ps. 308 y ss.

[17] *Derecho penal, Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, ps. 296 y 297.

[18] *Tratado...*, ob. cit., t. III, ps. 585 y ss.

parte general; *b*) las que figuran en la parte especial, y *c*) las que aparecen en otras ramas del ordenamiento jurídico, sólo valora como auténticas causas de justificación la legítima defensa y el estado de necesidad, criterio compartido, aunque de modo más terminante, por Malamud Goti[19]. Jiménez de Asúa, en su *Tratado*, amén de la legítima defensa y del estado de necesidad, contempla, con el común denominador de "ejercicio legítimo de actos ejecutados en cumplimiento de la ley o autorizados por ella", diferentes situaciones, que van desde los genuinos actos ordenados por la ley y cumplimiento de un deber, hasta los distintos ejercicios de un derecho —vías de hecho, ejercicio profesional, uso de armas para el que tiene derecho a emplearlas— y los privilegios de función, cumplidas ciertas condiciones, en tanto no le asigna carácter de justificante al consentimiento e incorpora, en cambio, la justificación supralegal[20].

Si hemos hecho esta concisa referencia es porque, como indicamos líneas atrás, no existe un catálogo cerrado de causas de justificación (Jescheck) ni importa una afirmación teórica esotérica proponer el rechazo de unas o la admisión de otras; una decisión en cualquiera de los dos sentidos sólo debe obedecer a las pautas del sistema de atribución y a la naturaleza específica del injusto institucional.

A partir de estos enunciados, sólo abordaremos la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento; las dos primeras justificantes, por su viabilidad en nuestro esquema, y el consentimiento, por las importantes consecuencias que acarrearía en caso de que se propusiera su incorporación. Las restantes no exhiben notas de interés específico para el sistema *ad hoc*.

[19] *Legítima defensa y estado de necesidad. Problemas sistemáticos de las causas de justificación*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977. Una amplia exposición sobre la posición de los autores argentinos, en Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, ps. 62 y ss.

[20] Ob. cit., t. IV, ps. 32 y ss.

A) *Legítima defensa.*

Congruente con la afirmación de que sólo la persona humana puede defenderse contra una agresión, si concurren las circunstancias exigidas por la ley, Jiménez de Asúa[21] sostiene que no cabe la legítima defensa para las personas jurídicas; la reacción de algunos individuos de "la sociedad, colectividad, cuerpo o muchedumbre contra un ataque ajeno puede significar el obrar en defensa propia o de un tercero, pero no puede decirse que la corporación se defiende"[22]; del mismo modo rechaza la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser categorizada como agresor.

Aunque no son fáciles de imaginar en la esfera de los delitos que aquí interesan, casos en que se exhiba la contraposición ataque-defensa, no vemos obstáculo alguno en que se incluya a la justificante en nuestro esquema teórico; son de aplicación los cánones tradicionales del derecho penal convencional aunque variando algunas notas de los recaudos ya conocidos.

La agresión parte —como se estudia en todos los manuales— de un ser humano, pero bien puede suceder que la actividad de ataque sea decidida por una persona jurídica, verbigracia, un acto de contaminación realizado en una zona marítima que se encuentra al cuidado de otra empresa, encargada de la depuración de las aguas; la calidad de persona jurídica del agresor no modifica el diseño pues, como se ha visto, la acción institucional funciona de modo equivalente a la acción humana; si aceptamos la equiparación, el primer requisito de la defensa necesaria, a no dudarlo, está presente; claro que estos ejemplos son excepcionales y que pueden resolverse a través del estado de

[21] *Tratado...*, t. IV, p. 92.

[22] Ídem, p. 95. Igual óptica utiliza respecto de la denominada legítima defensa del Estado; se muestra contrario a ella, aunque la admite sólo para casos excepcionales. Más bien se debe recurrir al estado de necesidad o ejercicio legítimo de un derecho.

necesidad —al igual que en los casos en que el ataque se origina en un animal o un hecho de la naturaleza— si mantenemos en forma estricta la exigencia de que el ataque provenga de un ser humano. Pero aceptada la entidad cualitativamente diferente de la acción institucional, no vemos obstáculo alguno en que la persona jurídica puede ser agresora.

La inminencia o actualidad de la agresión no desaparece como recaudo; su importancia reside, en nuestro esquema, en las consecuencias que proyecta sobre el comportamiento de la persona jurídica amenazada; como veremos más adelante (supresión de los elementos subjetivos), el requisito inminencia de la agresión impide que podamos exigir a la sociedad anónima o corporación el conocimiento actualizado, seguro o probable de la agresión, condición imprescindible para que se pueda afirmar la presencia del elemento subjetivo de la justificación; pero la hipótesis de la existencia de una información construída en la organización con las notas que veremos más adelante (cap. IV) nos obliga a no descartar la hipótesis.

No corresponde que nos detengamos aquí en las digresiones que giran en torno del concepto de necesidad de la defensa; son aplicables los denominadores conocidos. Tal vez convenga advertir que, dentro del marco de actuación de las personas jurídicas, el requerimiento de que la necesidad sea racional —el empleo de la acción menos dañosa de cuantas estaban a disposición de la empresa— se vincula con la posibilidad más certera de utilizar otros mecanismos técnicos por parte del ente colectivo, pues, a diferencia de lo que ocurre en los delitos convencionales, los comportamientos dirigidos contra el orden económico o el medio ambiente permiten, generalmente, el uso de otros medios de ayuda[23]; va de suyo que dentro de este contexto

[23] En el ejemplo anterior (p. 6), en lugar de la repulsa por vías de hecho, se puede recurrir al uso de elementos químicos, neutralizantes de

de necesidad deberá analizarse la relación entre la agresión y la defensa, problema que, como bien señala Bacigalupo[24], es ajeno a la proporcionalidad entre el daño que hubiera podido causar la agresión y el causado por la defensa, tema este último desvinculado de la racionalidad de la defensa.

El requisito de la falta de provocación por parte de quien se defiende aparece en la mayoría de los códigos penales; sin embargo, su inclusión no es avalada unánimemente[25]. En el modelo que propugnamos, la exigencia de esta condición no parece conveniente; en primer lugar, porque toda provocación requiere un ingrediente subjetivo, más propio de una persona humana e inconcebible en una persona jurídica; en segundo término, porque debería exigirse, al menos, que la provocación fuera generada por una voluntad social dolosa, situación difícil de imaginar en la práctica social, y, por último —clave de la discusión— porque el comportamiento provocador integra en verdad el concepto de necesidad racional de la defensa, estamento donde debe ser valorado al realizarse el parangón entre agresión y su repulsa. Trasladar mecánicamente este recaudo de la teoría tradicional, pensado para el obrar humano, contribuiría a complicar el sistema en vez de simplificarlo.

En la esfera de actuación de las personas jurídicas, la relación entre el daño que hubiera podido acarrear la lesión y el generado por la defensa no debe ser soslayado; no se debe omitir que los bienes protegidos en los delitos económicos y contra el medio ambiente están generalmente mimetizados con los bienes de la comunidad, es decir, que la potencialidad del daño probable del ataque es, habitualmente, superior al que se podría generar por el acto de defensa. Desde nuestro punto de vista, esta relación es ajena

---

la contaminación. Para el derecho penal convencional, ver Rivacoba y Rivacoba, ob. cit., ps. 152 y 153.

[24] *Manual de derecho penal*, Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, p. 126.

[25] Por todos, Stratenwerth, ob. cit., ps. 144 y ss.

a la racionalidad de la defensa, pertenece a la ponderación de los intereses en pugna. En lugar de forzar su inclusión a través de la racionalidad del medio —camino seguido por el derecho penal convencional—, nos parece de mejor tono contemplarla en el catálogo de los recaudos como un componente autónomo.

B) *Estado de necesidad.*

Salvo el elemento subjetivo —al que nos referiremos más adelante—, todos los ingredientes comunes de la teoría tradicional pueden ser trasladados a nuestro esquema. Si bien hay matices en el intrasistema, la doctrina considera como condiciones: la presencia de un peligro o mal actual o inminente; la no participación del autor en la génesis de la situación; la necesidad del acto; la debida proporción entre el bien que se salva y el que se sacrifica —el que se salva siempre debe ser superior—, y la inexistencia de una obligación de soportar el riesgo por parte de quien se halla en situación de garante.

Comencemos por destacar que existe casi uniformidad de opinión en cuanto a considerar el estado de necesidad justificante por colisión de bienes o intereses como eje de esta cláusula permisiva; por su parte, el estado de necesidad por colisión de deberes aparece en casi toda la bibliografía moderna, pero no todos los autores le atribuyen la categoría de justificante[26]; prescindiremos de la discusión, lo cual no significa ignorar que en ciertos casos las personas jurídicas deben cumplir con un deber asignado por disposiciones legales o administrativas (por ejemplo, el control de un sector ambiental a una empresa) y entran en conflicto con otro deber.

Detengámonos en los requisitos del estado de necesidad justificante. La categorización del peligro inminente que pueda lesionar a un bien jurídico exhibe las mismas notas

[26] Bustos Ramírez, *Manual...*, cit., p. 221.

en el ámbito de las personas jurídicas; su origen puede ser diverso, al igual que en el derecho convencional, pero conviene recordar que en el campo delictivo económico o en el ambiental, el acto orientado hacia la lesión del bien protegido se gesta, muchas veces, como efecto de decisiones gubernamentales en la economía o en fenómenos del mercado (v.gr., el directorio que en una situación de crisis retiene los aportes porque prefiere, ante la inexistencia de fondos, abonar los salarios). En cualquier caso, la valoración de la aptitud del mal o peligro para afectar el bien debe ser objetiva, es decir, independiente de los procesos anímicos de las personas que integran el ente e, inclusive, de los comportamientos institucionales de la persona jurídica.

Cuestión más compleja es el traslado del requisito de que la situación de necesidad no haya sido creada por quien invoca después la justificante. En el caso de los delitos económicos la hipótesis es factible; en el ejemplo anterior, la empresa se coloca en situación de necesidad decidiendo insolventarse mediante una resolución social dolosa. Es dable imaginar el caso de una empresa que decide desforestar una región utilizando líquidos inflamables y luego, para combatir el incendio, acude a ingredientes tóxicos que deterioran todo el ecosistema.

El mal o peligro no puede ser desglosado de la necesidad. Para apreciarla se debe acudir a los mismos criterios que los utilizados para la defensa necesaria; la acción institucional no aparece como necesaria si el peligro se hubiera podido evitar de otro modo.

Hemos anticipado que el bien que se salva debe ser de mayor jerarquía que el que se sacrifica; este baremo plantea, como es sabido, la conocida confrontación entre los bienes en pugna; tanto la teoría de la ponderación de bienes como de los intereses puede ser trasladada a este campo[27], aunque creemos que la adopción de una u otra no

[27] Stratenwerth, ob. cit., ps. 14 y ss.

tiene incidencia en la solución del conflicto. La opción por la ponderación de intereses, entendida como categoría que abarca no sólo el parangón de jerarquías de bienes jurídicos sino también la totalidad de los factores que concurren a la situación y, entre ellos, de modo decisivo, el merecimiento de protección del bien en un determinado contexto social, exhibe, sin duda, la ventaja de que se contemplan todos los componentes, tanto los afectados por la actuación de la persona jurídica en la situación de necesidad, como la valoración del medio usado para resolver el problema; pensemos, por ejemplo, el caso de una empresa, propietaria de un barco cargado de sustancias contaminantes y explosivas, que para evitar su hundimiento ante una situación de emergencia, decide arrojar al mar los contaminantes con el fin de escapar al efecto de una explosión de mayor riesgo; aquí, sin duda, sólo el análisis de toda la constelación puede conducir al juicio de valoración adecuado para determinar, en definitiva, la magnitud de los peligros en colisión.

La diferencia fundamental en cuanto al parangón de intereses entre el estado de necesidad del derecho penal convencional y el aplicado en el sistema *ad hoc* de las personas jurídicas no reside, en este punto, sino en otro supuesto: cuando el bien sacrificado por la persona jurídica resulte de igual o de mayor valor que el salvado, es decir, cuando la relación de magnitudes aprobada para la justificación no se da en la acción de la persona jurídica. En la teoría del delito tradicional, la solución se obtiene a través del denominado estado de necesidad disculpante, que la doctrina examina como causal de inculpabilidad. En nuestro esquema, como prenunciamos, esta respuesta no es posible, pues queda eliminada la culpabilidad; es en el plano de la exención de pena, en el juicio sobre la responsabilidad social, donde se resuelve la viabilidad de la eximente.

Como en el diseño clásico, la persona jurídica no puede invocar el estado de necesidad cuando ha asumido el compromiso de soportar el riesgo; si una empresa conviene

con un municipio hacerse cargo de la distribución de productos medicinales a los hospitales, no puede justificar el desabastecimiento so pretexto de que se ha producido un aumento en los insumos que le acarrea una disminución de las ganancias en el futuro (ley 20.680, art. 4, inc. *e*). El deber de garante le impide acudir al estado de necesidad.

C) *Consentimiento.*

El consentimiento como causa de justificación ha recibido el rechazo de la mayoría de los autores de nuestra doctrina nacional, a diferencia de lo ocurrido con los penalistas alemanes más conocidos de las últimas décadas. Debemos recordar muy brevemente que esta categoría de la teoría del delito apoya su elaboración a partir de la actitud que puede tomar el afectado en el hecho típico (sujeto pasivo), y que se vincula estrechamente con la denominada disponibilidad de ciertos bienes jurídicos. Sin negar las dudas acerca de una real división entre el consentimiento que excluye la adecuación típica y el que tiene eficacia justificante, hay un fuerte consenso doctrinal en reconocer la diferenciación entre el acuerdo y el consentimiento real, identificado el primero con los elementos del tipo y asignándole al segundo una función permisiva dentro del ordenamiento. Las consecuencias no son nimias: en tanto "el acuerdo, con su sola existencia y aunque no fuese conocido por el autor, deja atípica la conducta, el consentimiento requiere ser conocido por el autor porque da lugar a una causa de justificación y su conocimiento forma parte del aspecto subjetivo del tipo permisivo"[28].

No es éste el lugar adecuado para polemizar sobre la operatividad del consentimiento en el sistema penal convencional como causa de justificación, sino de examinar la conveniencia político-criminal de admitir su incorporación al modelo que proponemos.

[28] Eugenio Raúl Zaffaroni, ob. cit., t. III, ps. 521 y 522.

Indiscutida la eficacia del acuerdo como ingrediente típico, con independencia de la clase de bien jurídico que se proteja, cobra relevancia, en cambio, visualizar el papel del consentimiento cuando se lo analiza como causa de justificación. La reflexión no es intrascendente; en el marco de la imputación de acciones institucionales están presentes, fundamentalmente, los delitos económicos y los ambientales, en los cuales los bienes jurídicos afectados exhiben, en la composición de su conglomerado, una importante cuota patrimonial (como es sabido, sirve de apoyo en el derecho penal convencional para justificar su disposición por parte del sujeto pasivo), no obstante su categorización como bienes colectivos; es el ejemplo de una defraudación tributaria en la cual, si resulta cierto que la hacienda pública —subsistema del orden económico— es el bien tutelado, existe una fuerte dosis de interés económico del Estado; o el caso de una contaminación perpetrada por una empresa por medio de plaguicidas dañinos para el ecosistema con la cual, amén del medio ambiente, se lesiona la propiedad de los agricultores.

Estos ejemplos son una clara demostración de que la operatividad del consentimiento —aquiescencia del Estado o de los agricultores— debe ceder ante la naturaleza del bien protegido haciendo caso omiso de la facultad de disponer que pueda asignársele al sujeto afectado; es, en verdad, un tratamiento diferenciado, nada heterodoxo, similar al que se invoca en la doctrina tradicional[29] para marginar de la justificación una privación de libertad o un atentado a la vida y eludir la ponderación de bienes entre la autodeterminación de voluntad de una parte y los intereses públicos de la otra.

En un plano diverso existe otro argumento de menor valor; en la práctica social, acudir al consentimiento del afectado es moneda corriente de la conducta de las grandes corporaciones, refugio fácil de la exculpación. La eli-

[29] Stratenwerth, ob. cit., p. 129.

minación de este soporte contribuye, entonces, no sólo a fortalecer la intangibilidad del bien jurídico sino también a erradicar un germen de perturbación. Por cierto que el reconocimiento de estos riesgos conlleva necesariamente el rechazo del consentimiento presunto o probable, que si bien tiene marco de actuación muy reducido, requiere inexcusablemente la legitimación del consentimiento.

No se nos oculta que nuestro punto de vista se funda en la naturaleza del bien jurídico antes que en la especificidad de la acción institucional; el consentimiento de una empresa, propietaria de un fundo, que admite la fumigación mediante plaguicidas contaminantes resulta inaceptable porque entra en colisión con el carácter comunitario o colectivo que revisten el orden económico o el medio ambiente, sobre los cuales el ordenamiento jurídico no puede legitimar el criterio de disposición. Por consiguiente, nuestra propuesta dogmática es coherente, no es una decisión arbitraria; simplemente responde a una ecuación político-criminal, tan válida aquí como en otros conflictos del derecho penal convencional.

2. ELIMINACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LAS JUSTIFICANTES.

La doctrina dominante reconoce hoy la exigencia del elemento subjetivo en las causas de justificación[30]; apoyada originariamente en expresas cláusulas de la ley ("en defensa propia o de sus derechos", C.P. argentino, art. 34, inc. 6; parágr. 228 del Código alemán "para evitar", etc.), bien pronto acudió a otros fundamentos: en tanto el desconocimiento de los elementos objetivos de la justificación sólo eliminan el desvalor del resultado contenido en la realización del hecho típico objetivo, deja sin embargo intacto el desvalor de acción, que sólo desaparece si la voluntad del

[30] Por todos, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, ob. cit., p. 232.

autor abarca, también, el momento de la situación que convierte al comportamiento en objetivamente adecuado a derecho[31]; o, dicho con otras palabras[32]: si la teoría del injusto se caracteriza por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, su negación reclama obviamente la negación de ambos elementos.

No corresponde que nos detengamos en las consecuencias que el requerimiento del elemento subjetivo acarrea en la práctica; se considere la necesidad del conocimiento como un perfil del dolo o, simplemente, como un *animus* (elemento especial del injusto)[33], hay coincidencia en que si no está presente el ingrediente subjetivo, la justificante plena no puede ser invocada; para algunos autores hay delito consumado y, para otros, tentativa o tentativa inidónea. Pero en el ámbito de la actuación de las personas jurídicas el teorema no es aplicable. Como vimos páginas atrás, sólo la legítima defensa en algunos casos y el estado de necesidad tienen virtualidad operativa como justificantes y, en ambas, cualquier pretensión de exigir el requisito del elemento subjetivo es cuestionada directamente por la naturaleza de la acción institucional y los propios requisitos de las dos permisiones.

La posibilidad de que concurra un ánimo (elemento especial del injusto), o el conocimiento personal del sujeto, está vedada por la propia naturaleza supraindividual de la acción institucional; ambos son componentes genéricos de la psiquis humana, de la persona física. Pueden tener vida en cada uno de los integrantes del directorio o del apoderado que refleja la voluntad societaria, pero son extraños a la acción institucional como entidad diferente.

Como hemos observado en otro lugar, los factores psíquicos individuales confluyen a la formación de la decisión

31 Stratenwerth, ob. cit., p. 156.
32 Enrique Bacigalupo, *Manual...*, cit., p. 135.
33 Jiménez de Asúa, t. IV, ps. 405 y ss.

institucional, pero el producto no los recoge mecánicamente; la reacción personal ante la agresión o la conciencia de la necesidad de un acto de salvación no son idénticas a la reacción del ente social o al conocimiento que pueda registrar la persona jurídica sobre la situación.

Y es que, como lo hemos señalado en otro capítulo, el conocimiento requerido por la teoría del delito tiene, en el esquema *ad hoc*, una textura distinta: es la información construída, que opera como su equivalente aunque en verdad no es un auténtico componente subjetivo; la circunstancia de que lo hayamos incluído en el análisis del tipo subjetivo, por razones de claridad del diseño, no debe generar un error en cuanto a su naturaleza objetiva.

Nuestra referencia a la eliminación del elemento subjetivo en las justificantes debe ser entendida según esta explicación. Ello no desautoriza la posibilidad de que en la práctica social la información construída juegue su papel en el momento de la defensa o en el acto de salvamento, pero, a no dudarlo, serán casos excepcionales por las propias características del cuadro en que aparece el conflicto.

En la realidad, lo imaginable —recordemos la inminencia del ataque o del mal actual— es que la reacción de algún directivo o de un funcionario se produzca espontáneamente, sin contar aún con la decisión conformada; es de toda lógica suponer que tal acto será objeto de ratificación posterior, pero, en el instante en que se produce la colisión, lo probable es que la respuesta no se encuentre apoyada por el número de miembros que requiere el funcionamiento de la persona jurídica, razón bastante para que desde un punto de vista teórico sostengamos que la necesidad de concurrencia de la información construída es un enunciado relativo, pues sólo en pocas ocasiones será posible verificar la contemporaneidad de la información construída con el hecho que origina el conflicto (el ejemplo del apoderado que reacciona ante la emergencia); en otro plano, es una clara exhibición de la asimetría entre el tipo nuclear y el tipo

permisivo puesto que, en este último, falta la coincidencia temporal de los elementos que integran el modelo típico[34].

Por otra parte, no escapará al lector que la aplicación de la legítima defensa y del estado de necesidad en los conflictos que protagonizan las personas jurídicas no impide que, contemporáneamente y conforme al sistema de doble imputación, funcionen las justificantes del derecho penal convencional respecto del apoderado o directivo que hubiese reaccionado ante la agresión o el mal inminente con independencia de que la persona jurídica ratifique o desconozca ese acto unilateral. Aquí, obviamente, tienen presencia los elementos subjetivos y los demás recaudos conocidos, con el agregado de que la solución del conflicto en estos casos abarcará también, en forma indirecta, a la persona jurídica porque, como es sabido, tanto la legítima defensa como el estado de necesidad admiten la extensión protectora de sus efectos a terceros; es obvio, entonces, la escasa aplicación de las justificantes institucionales tal cual las capta el modelo *ad hoc*.

No obstante este cuadro, el requerimiento de la información construída tiene, en otro plano, un alto significado político-criminal; de algún modo restringe potencialmente el uso distorsionado de las justificantes —en especial, el estado de necesidad—. No es antojadizo suponer que, en ocasiones críticas, una gran corporación invoque el recurso de las justificantes para desdibujar una decisión de firme raigambre dolosa (voluntad social), sobre todo si ha sido importante el impacto en la opinión pública y el hecho es de difícil ocultación.

[34] Para los componentes del tipo, ver capítulo anterior.

Capítulo IV

LA CATEGORÍA RESPONSABILIDAD SOCIAL[1]

Ya hemos señalado que como consecuencia de la naturaleza de la acción institucional, su ubicación dentro de un diferente diseño del tipo y la reformulación de la antijuridicidad, la categoría tradicional de la culpabilidad pierde sentido en el nuevo sistema; las críticas a la pretensión de trasladarla a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya han sido objeto de otros trabajos[2] y a ellas nos

[1] Con algunas modificaciones que realizamos aquí, este capítulo responde al texto del artículo publicado en la "Revista Brasileira de Ciencias Criminais", nº 18, Editora Revista dos Tribunais.

[2] *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta*, en *La responsabilidad*, homenaje al Prof. Dr. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 869 y ss. *La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominada doble imputación*, en "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", edición en homenaje a Ricardo C. Núñez, Nueva Serie, nº 1, Universidad Nacional de Córdoba, 1995, ps. 53 y ss. *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas* en *De las penas*, homenaje al Prof. Isidoro de Benedetti, Depalma, Buenos Aires, 1997. Son numerosos los trabajos que sostienen una posición contraria a la nuestra; en lengua castellana destacamos Marino Barbero Santos, *Los delitos contra el orden económico, presupuestos. La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Univ. Madrid, 1982; Luis Gracia Martín, "Actualidad Penal", nos. 39-25, Madrid, 1993; Enrique García Vitor, *Planteos penales*, Univ. Nac. del Litoral, nº 14, 1994. En lengua portuguesa ver René Dotti, *Os atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais*, en "Revista Brasileira de Ciencias Criminais", año 2, nº 7, 1994, p. 117.

remitimos. De lo que se trata ahora es de proponer la creación de un nuevo estrato en el esquema que defina la responsabilidad de la persona jurídica por la realización del injusto institucional.

La construcción de una nueva categoría significa un paso más en el sistema; si la antijuridicidad de la acción institucional se refiere a su coincidencia o discrepancia con los deberes del ordenamiento jurídico, la responsabilidad apunta al acto del apartamiento o desvío de las exigencias establecidas por él. No se trata del reproche por la deficiente formación de la voluntad social de la persona jurídica —la remanida fórmula de la motivación de conducta—, sino de la valoración del hecho concreto de desconocer lo exigible.

1. AVENTANDO SOSPECHAS.

Pero antes de ingresar en el análisis del contenido de la nueva categoría, es conveniente aventar suspicacias sobre la similitud de la responsabilidad social con otras formulaciones conocidas; nos referimos a la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el riesgo en el derecho civil y el conocido instituto de la *"strict liability"* del derecho norteamericano[3].

A) *La responsabilidad objetiva.*

La responsabilidad objetiva, o por el resultado, "se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto

[3] Omitimos otras acepciones de responsabilidad, examinadas por Hart, pues están notoriamente lejanas de las que aquí interesan. El resumen puede leerse en Santiago Nino, *El concepto de responsabilidad*, ob. cit., p. 15.

antijurídico[4]". Esta definición de Nino, que sintetiza impecablemente preceptos tradicionales del derecho, está a leguas de distancia de la fórmula que proponemos.

Se debe recordar, en primer lugar, que el concepto de responsabilidad objetiva se ha construído a partir de un enfoque antropocéntrico del derecho, pues la relación de la acción con el resultado siempre requiere al individuo como polo neurálgico. Ya lo hemos subrayado en otras ocasiones: en el ámbito de las personas jurídicas el eje no es el hombre sino un producto social, una entidad diferenciada, mediatizadora de intereses predominantemente económicos. La autodeterminación, premisa insoslayable de la culpabilidad en el derecho penal tradicional por su connotación psicológica, es ajena a la concepción de la decisión institucional; y si en algunas oportunidades se acude a comparaciones con la teoría del delito no es para marcar diferencias de especie, sino para explicar campos de género diverso. La teoría del sujeto responsable, si se quiere trasladar el conocido apotegma de Bustos Ramírez[5], no se asienta aquí en el hombre, sino en una criatura compuesta, objetivamente diferenciada: la persona jurídica, ropaje de una sociedad o corporación.

En segundo lugar, la aplicación de la pena por el resultado no es una consecuencia automática; como la hemos examinado en otro capítulo[6], amén de haber incorporado al sistema el error limitado del tipo, en la responsabilidad social se tiene presente, en ciertos casos, la gravitación de eximentes que generan la exención de pena o su aminoración. Si se toma en cuenta esta reflexión, sólo un simplismo doctrinal interesado puede llevar a la igualación entre responsabilidad social y responsabilidad objetiva.

[4] Santiago Nino, ob. cit., p. 15.

[5] *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel **Derecho**, Barcelona, 1989, ps. 309 y ss.

[6] "La tipicidad", cap. 1.2-B.

B) *La responsabilidad por el riesgo.*

La responsabilidad por el riesgo (derecho civil) tiene hegemonía ganada en el plano teórico; "el sujeto es responsable por los riesgos o peligros que su actuar origina, aunque ponga de su parte toda la diligencia necesaria para evitar esos riesgos"[7]; basta la relación de causalidad y la intervención. La fórmula se ha extendido a diferentes tipos de obligaciones, suficientemente conocidas: la de los productores y proveedores, la que surge de la participación en el mercado ("*market share*"), la que atañe al trasporte oneroso de personas, la que proviene de la contaminación del medio ambiente, la que deriva de la ejecución de tareas en condiciones de insalubridad, o de los daños sufridos por el público en ocasión de acontecimientos deportivos, de accidentes de trabajo, o de emprendimientos que suponen la adopción de medidas de control en resguardo de los usuarios o terceros, obligaciones que, obviamente, abarcan la actuación de las personas jurídicas. Cabe agregar que para la solución de la mayoría de esos supuestos se acude a la variante del riesgo-beneficio, pues se entiende que el sujeto que obtiene el provecho de una cosa o de una actividad debe cargar también con los riesgos que esa cosa o actividad crea, nota, es cierto, de llamativa similitud con el interés económico de la acción institucional típica, ya examinada en un capítulo anterior[8].

No obstante la reducción de culpa (culpabilidad) como vertiente de fundamentación teórica, la responsabilidad por el riesgo creado en el derecho civil sigue aferrada al antropocentrismo de los códigos napoleónicos; su acogida en la órbita de la legislación no alcanza aún el carácter de regla

[7] Luis Moisset de Espanés, *El acto ilícito y la responsabilidad civil*, en *La responsabilidad*, ob. cit., nota 1, ps. 98 y ss.

[8] "Naturaleza de la acción institucional", art. cit., nota 1; ver capítulo I de este libro.

general y sólo figura como justificación de determinadas situaciones consideradas excepcionales[9].

Pero, además, la responsabilidad por el riesgo creado —que no ignoramos, es una responsabilidad objetiva— no cuenta, ya sea para escapar de la reparación (símil válido con la exención de pena) o para lograr su disminución, con las eximentes originadas en la exigibilidad de otra conducta[10]. Las excepciones a la tarifación del resarcimiento —equivalente a la disminución de la pena— o la responsabilidad plena dentro del campo de las actividades peligrosas se fundan, siempre, en el requerimiento de la no culpa individual (estrictamente subjetiva), es decir, en la categoría matriz del sistema[11]. Aun por un rodeo distinto volvemos permanentemente a lo mismo[12].

C) *"Strict liability"*.

La eventualidad de que la responsabilidad penal pueda ser emparentada con la *strict liability* de la doctrina anglosajona no es reflexión caprichosa. Ya algunos teóricos del derecho penal[13] han sostenido que la renuncia al principio de culpabilidad tradicional y su sustitución por el "interés público preponderante", fundamento de la *strict*

[9] Matilde González de Zabala, *Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps. 224 y ss. En sentido contrario, Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, *En derecho de daños*, La Rocca Buenos Aires, 1991, p. 40.

[10] La exigibilidad de otra conducta es un elemento clave de la responsabilidad social (ver, en este capítulo, punto 4, B, "Exigibilidad...").

[11] Isidoro H. Goldenberg, *Indemnización por daños y perjuicios*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 476 y ss.

[12] No nos detenemos aquí en un elemento básico de la confrontación entre la responsabilidad por el riesgo y responsabilidad social: la pena, uno de los ejes de división entre derecho civil y derecho penal. En este terreno, el parangón requiere un tratamiento especial.

[13] Hans J. Hirsch, *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, trad. de Patricia Ziffer, Bonn, 1993 (conferencia en la Academia de Ciencias de Renania, en Duesseldorf, 1993).

liability, genera el riesgo de conmover al Estado de derecho introduciendo un cuerpo extraño en el sistema penal; la cuestión merece un breve apartado.

La *"strict liability doctrine"* prescinde de la *mens rea* —equivalente del dolo, según Hendler[14]— para la punición de ciertos delitos donde priva el "interés público preponderante"; son áreas en las cuales, por razones de política social, se da prioridad al bienestar público[15]. O, dicho de otro modo, no se requiere la culpabilidad del agente, en el sentido que le asigna la doctrina anglosajona con una inferencia obvia: el error nunca excusa[16].

En una monografía de innegable interés[17], Celia Wells explica que la *strict liability* (responsabilidad estricta o absoluta) se incorporó progresivamente al área de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero que este proceso se realizó siempre a partir de la relación de la empresa con sus empleados o agentes; señala las dos vertientes paralelas: la aplicación de la responsabilidad vicariante (de los patrones por la acción de sus empleados) y la diferenciación con los delitos *mens rea* (*"offenses"*), pero en ambos casos la cuestión residió siempre en determinar la conducta de los directivos o responsables y no la de la entidad como organismo autónomo.

Si la reflexión es correcta, aun reconocida la ausencia de la culpabilidad, la *strict liability* no se traslada a la es-

[14] Edmundo S. Hendler, *Derecho penal y procesal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 52.

[15] Ídem, p. 57. La definición de estas áreas aparece claramente en el fallo "Morissette v. United States", citado por el autor.

[16] Jaime Malamud Goti, *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, ps. 102 y ss.

[17] Celia Wells, *Corporations and criminal responsability*, Clarendon Press, Oxford, New York, 1993, ps. 94 y ss. Ver, también, Edmundo Hendler, nota 14, ps. 56 y ss. La misma opinión cabe extraer de Dianne Saxe (Canadá) en el artículo *Theories of liability* publicado en *Environmental offenses corporate responsibility and executive liability*, Canadá Law Book Inc., Ontario: "Las acciones y omisiones de empleados y agentes en el desarrollo de su actuación son actos de la corporación", p. 100.

fera específica de actuación de la persona jurídica; pertenece, en verdad, al campo del derecho penal convencional, por lo cual las críticas a su validez, se deben realizar desde este ángulo y no en el plano de la responsabilidad penal de los entes colectivos [18].

2. RESPONSABILIDAD SOCIAL. CATEGORÍA COMPLEJA. FUNCIÓN.

No escapará al lector, por lo que brevemente afirmamos en un comienzo, que la responsabilidad social es una categoría compleja; sus componentes (elementos), la atribuibilidad y la exigibilidad —a los que nos referiremos más adelante— registran tanto situaciones de hecho como ingredientes de valoración; es casi obvio señalarlo puesto que cualquier acción institucional se produce en un determinado contexto social, y esa conducta, cuando es contraria al ordenamiento, debe ser enjuiciada normativamente; la responsabilidad social permite, sencillamente, construír un juicio de reprobación sobre un acto de la persona jurídica, objeto de valoración; en este sentido debemos coincidir en que se trata de un "juicio de referencia", pero con la aclaración, tan repetida, de que la infraestructura no es el hecho psicológico sino el comportamiento institucional [19].

En otro plano, el juicio de responsabilidad social cumple una función propia; es un mecanismo de control nor-

[18] La preeminencia del factor subjetivo en el directivo o empleado como base de la culpabilidad, aun cuando la persona jurídica pueda ser responsable, se advierte diáfanamente en el fallo "United States v. Park", de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1995); citado por Edmundo Hendler y Hernán Gullco en *Casos de derecho penal comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 128.

[19] Aunque lo decimos en otro lugar, el juicio de reprobación, sinónimo de responsabilidad social, no es igual al juicio de reprochabilidad; este concepto exhibe connotaciones psicológicas y por ello preferimos omitir su uso. La cita de Mezger (*Tratado de derecho penal*, t. II, p. 12, trad. de Arturo Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955) no debe provocar equívocos.

mativo social que se ejerce a través de la coacción estatal, al tiempo que resuelve conflictos producidos por la actividad de ciertas estructuras que entran en contradicción con bienes jurídicos fundamentales de la comunidad[20].

Es claro que la punición —consecuencia de esa actividad— no obedece exclusivamente a los objetivos de control y solución de conflictos; pretende restaurar, además, las expectativas sociales defraudadas por el desconocimiento de reglas de juego establecidas. En este sentido actúa como instrumento para corregir la disfuncionalidad del sistema; entiéndase bien, no para sacralizarlo o para legitimar sus poleas, sino para fortalecer los mecanismos de convivencia logrados hasta ese momento; responde, con este perfil, a la dimensión simbólica y comunicativa del derecho a la que se refiere Javier de Lucas en el prólogo al libro de Vicente Ferrari[21].

La responsabilidad social no es sólo barómetro de la socialización y distribución de responsabilidades sociales[22]; este rol es visible pero no está aquí su límite; actúa como árbitro ideológico en la colisión de bienes jurídicos fundamentales e intereses particulares (corporaciones o sociedades), a partir de la primacía de los primeros sobre los segundos, del conglomerado social sobre uno de sus com-

[20] Es obvio que este mecanismo de control nada tiene que ver con el control ético. Sobre la ingenuidad de los controles éticos para las corporaciones, Eduardo Warschaver en *Castigar a las trasnacionales; un ensayo de futurología en política criminal*, "Doctrina Penal", nº 17, 1982, p. 111. Sobre el concepto de control social, según uno de los aspectos sociales como expresión de poder, Carlos Elbert, *Criminología Latinoamericana (Parte primera)*, Ed. Universidad, 1996, ps. 120 y 121.

[21] *Funciones del derecho*, trad. de María José Añón Roig y Javier de Lucas Martín, Ed. Debate, Madrid, 1989, p. 15. Sobre el papel de la punición nos detendremos en otro capítulo posterior.

[22] Expresión de Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 587.

ponentes[23]. Es cierto que esta formulación integra el concepto de control esbozado antes, pero aquí está referida al acto concreto, al suceso puntual; con otras palabras: reviste el carácter de una categoría singular.

3. TIPO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL.

En la doctrina penal tradicional se han estructurado el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad para diferenciar planos de análisis; el primero contempla los caracteres del tipo sistemático y los problemas de la antijuridicidad, en tanto el segundo comprende las condiciones necesarias para que el autor de una conducta típica y antijurídica sea declarado responsable.

También en el diseño que propugnamos es obvio que la utilización de la categoría tipo de injusto institucional no se opone a la clasificación de los elementos de la teoría *ad hoc*: acción institucional, tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad social, que hemos acogido en este libro; el tipo del injusto institucional, al considerar en un mismo haz tipo y causa de la justificación, facilita la imputación; en lugar de tres niveles, se acude sólo a dos (tipo de injusto institucional y responsabilidad social); se puede utilizar idéntica subdivisión a partir de los conceptos de injusto y responsabilidad social; es claro que los dos tipos se hallan interconectados, de modo tal que en su conjunto responden a un sistema homogéneo, apto para resolver los conflictos.

¿Y cuál es la clase de relación? Utilizando un principio conocido, manejado habitualmente en el derecho penal

[23] En la conocida división entre infraestructura socioeconómica y superestructura, nuestro análisis se refiere a este segundo nivel; es parte de una napa ideológica. Para un estudio sobre las articulaciones entre ideología y derecho, ver Abel García Barceló, *Sociedad y derecho*, Ediciones Estudio, Buenos Aires, 1979, ps. 207 y ss., en especial, 253 a 262.

convencional, se trata de una relación de subsunción, en la cual el tipo de injusto exhibe un perímetro más reducido y el de responsabilidad social aparece con una dimensión mayor; éste lo abarca pero no lo anula, pues, obviamente, la responsabilidad social se construye como juicio de totalidad a partir del tipo de injusto; está un escalón arriba. Sólo cuando el conflicto no ha podido ser resuelto mediante la aplicación del concepto abarcado por el perímetro menor surge la necesidad de acudir al tipo de responsabilidad social. No estamos, por consiguiente, frente a un tipo más complejo —la completitud también se da en el tipo de injusto con su faz positiva y su contracara negativa—, sino ante un tipo de mayor dimensión; es ésta la nota que fija sus límites.

La acción institucional es el hilo conductor que recorre los dos ámbitos; de aquí la importancia de subrayar la naturaleza cualitativamente distinta de la que registra la acción humana. Es el soporte del tipo de injusto —en el tipo y en la antijuridicidad— y también soporte de la responsabilidad social; en tanto, en el tipo de culpabilidad de la doctrina dominante, los elementos subjetivamente considerados (Jescheck) o el defecto de motivación (Jakobs), ambos vinculados con el aparato psíquico, se convierten en el eje de la categoría; en el sistema aquí propugnado, la acción institucional es la plataforma sobre la cual se erige el edificio, o, dicho con otras palabras, es el hecho fundante tanto de la responsabilidad social como del tipo de injusto.

La referencia al modelo conceptual que examinamos quedaría incompleta si no determináramos la ubicación de la llamada faz negativa, es decir, las causales que conducen a la no responsabilidad o su disminución; podríamos escoger, por su difusión actual, la división entre tipo positivo y tipo negativo, sinónimo este último de tipo de exculpación (Jacobs), incluyendo en el primero el acto de desviación y la exigibilidad de otra conducta y, en el segundo, las causales que generan la eximición o la aminoración de responsabilidad social. Sin embargo, preferimos mantener

un concepto unitario de tipo total, indiviso, donde las circunstancias que obstruyan la exigibilidad de otra conducta se inserten como un componente más del modelo utilizado para la valoración final; de otro modo, corremos el riesgo de incurrir en un serio error metodológico, pues los obstáculos de que hablamos reconocen una premisa previa: excluyen el error de prohibición (el denominado directo), es decir, que una excusa de esta naturaleza no gravita del mismo modo sobre la exigibilidad de otra conducta como pueden hacerlo otras. Esta inexigibilidad seccionada impide la simetría requerida para la dualidad tipo positivo-tipo negativo a la que se refiere la doctrina actual.

El tipo de responsabilidad social tiene, pues, modalidades propias; de un lado es asimétrico; del otro resuelve los conflictos que no pueden ser solucionados en la esfera del tipo de injusto institucional; la presencia de un error inevitable sobre un componente descriptivo (fáctico) del tipo o de la justificante no requiere la discusión acerca de la exigibilidad de otra conducta, pero ésta aparece como insoslayable cuando ese error es evitable o gira en torno de un elemento normativo. Estas reflexiones nos convencen de la conveniencia de no recoger el tradicional paralelismo manejado por la teoría del delito convencional; en nuestro esquema, no resulta útil para clasificar su composición.

La propuesta teórica de un tipo de responsabilidad social suscita, inexorablemente, una cuestión ya discutida en la órbita del tipo de culpabilidad; nos referimos a la cuantificación de la responsabilidad social y los patrones idóneos para mensurarla. Ya hemos anticipado que los elementos de la responsabilidad social son la atribuibilidad y la exigibilidad de otra conducta; la ausencia de alguno de ellos genera consecuencias en el juicio de valoración final, sea para determinar la falta total de responsabilidad —excluído el caso del error de prohibición— o para amenguarla, según el baremo de lo exigible que se aplique (este criterio, como se verá más adelante, sólo rige respecto del segundo elemento, pues la atribuibilidad admite nada más

que un anverso absolutamente rígido, propio de su estructura; aquí, sí, "responsable-no responsable").

La sola mención de las consecuencias nos autoriza a decir que la responsabilidad social es perfectamente cuantificable, es decir, que acepta una mayor o menor intensidad de reprobación. Y es forzoso que así sea porque la exigibilidad de otra conducta, su apoyatura decisiva, no es un patrón tabulado; es un principio circunscrito a cada acto de desviación de la persona jurídica en un contexto situacional determinado; el punto conflictivo, de mayor entidad, no reside en el reconocimiento de diferentes grados de intensidad de la reprobación, sino en hallar pautas razonables para mensurarla; éste es uno de los problemas casi insolubles del sistema penal ordinario; no tiene por qué ser disímil en el área de las personas jurídicas.

4. ELEMENTOS.

Punto de partida insustituíble para conformar la responsabilidad social es definir la atribución del injusto institucional, reconocer el acto concreto que debe ser cargado a la persona jurídica como autora —acto propio— o, con palabras de Maurach, verificar la relación jurídicamente desaprobada del ente con su acto típico y antijurídico[24]. Aparece así la atribuibilidad, que junto con la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho constituyen —a nuestro entender— los dos pilares sobre los cuales habrá de elaborarse el juicio de reprobación final.

A) *Atribuibilidad.*

Este primer peldaño tiene semejanza parcial con la categoría del mismo nombre instrumentada hace varias dé-

[24] Reinhart Maurach, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel Derecho, Barcelona, 1962, p. 34.

cadas por Maurach y Jiménez de Asúa, y remozada en su momento por Bacigalupo; el parentesco reside en que se determina la "mismidad" (Jiménez de Asúa), en primer lugar, y, en segundo término, en que se autonomiza la imputación[25].

Respecto del primer lazo, se atribuye a la persona jurídica su acto típico y antijurídico, es decir, la infracción dañosa, porque las acciones y omisiones que la causan proceden de la "mismidad" del productor[26]; con relación al segundo, se autonomiza la imputación —ya como conducta desaprobada jurídicamente— de la responsabilidad final; la persona jurídica, realizada la acción institucional típica y antijurídica, ya está en condiciones de responder a las resultas del acto[27].

Sabemos de los apoyos y críticas que esta categoría ha recibido en el ámbito de la doctrina penal, pues en el trasfondo de la polémica está la sombra de la peligrosidad[28], pero en la esfera de las personas jurídicas, la atribuibilidad se impone fundamentalmente por dos razones: la primera es la necesidad de discriminar con prolijidad las acciones estrictamente institucionales de las acciones personales que obligadamente intervienen en la realización del delito; no olvidemos que unas y otras son ejecutadas por seres humanos. La segunda es la posibilidad de que un mismo protagonista revista roles diferentes, es decir, actúe a título per-

[25] Reinhart Maurach, ob. cit., ps. 31 y ss.; Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. V, Losada, Buenos Aires, 1956, ps. 20 y ss.; Enrique Bacigalupo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, ps. 138 y ss. En la 3ª edición de *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, el autor varía en tratamiento en ps. 123 y ss.

[26] Hemos trasladado casi literalmente las palabras del maestro español, ob. cit., p. 36.

[27] Expresión de Maurach, ob. cit., p. 34.

[28] Recordemos que la atribuibilidad permite ingresar a los inimputables y al niño en el sistema penal; sin necesidad del reproche, se puede aplicar la medida de seguridad; ob. cit., ps. 34 y ss.

sonal o en representación del ente colectivo, situación que se complejiza a través de distintas variantes, como veremos después [29].

Estas razones, en verdad interconectadas entre sí, demuestran que la persona jurídica, para estar en condiciones de responder a las resultas del acto debe, coetáneamente, purificar la imputación; sin esclarecer la atribuibilidad, desaparece la posibilidad de construír la exigibilidad.

Esta decantación nos lleva de la mano, necesariamente, al tratamiento de dos problemas: primero, el examen de una zona común con el tipo, donde la imputación objetiva juega un papel preponderante en casos conflictivos de asignación de riesgos y distribución de roles; segundo, la posibilidad de que, ausente algún ingrediente de la atribuibilidad, resulte prescindible el abordaje de la exigibilidad y, por ende, quede verificada la falta de responsabilidad social sin acudir al desarrollo de todo el esquema.

a) Conexión con la imputación objetiva. Asignación de riesgos.

En un trabajo anterior [30] hemos anticipado que la imputación objetiva puede ser utilizada, en nuestro esquema, como correctivo de la insuficiencia de la teoría de la adecuación o de la relevancia, con el objeto de decidir en algunos casos límite la verificación de la tipicidad en los delitos de resultado mediante ciertos parámetros de imputación extraídos de la propia norma, pero que la nota saliente en el campo de las personas jurídicas reside en su rol

[29] La atribuibilidad en el esquema teórico puede no coincidir con el régimen de imputación que se establezca en un sistema legal. Para las propuestas sobre el régimen legal, ver Esteban Righi, *Derecho penal económico comparado*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991, ps. 263 y ss.

[30] *La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación*, "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", ed. en homenaje a Ricardo C. Núñez, Nueva Serie, nº 1, 1995, Universidad de Córdoba, ps. 53 y ss.

bivalente: como correctivo del tipo y, además, como eje de la atribuibilidad[31].

Para entender esta proposición es conveniente que nos detengamos en algunos de los rasgos de la imputación objetiva en el plano correctivo del tipo que resultan imprescindibles para su proyección en el ámbito de la atribuibilidad; aun cuando este tratamiento puede aparecer como un retroceso metodológico —al retornar sobre problemas del tipo—, no cabe otra alternativa si pretendemos un explicación racional de nuestro diseño.

Es cierto que de la profusa bibliografía actual sobre imputación objetiva no se extrae claramente si se trata de un desarrollo de la teoría de la tipicidad —como lo sostiene el agudo Gimbernat[32]—, de un problema de antijuridicidad[33], o de un sistema teleológico-funcional con pretendida universalidad[34], extendido hoy a diversos ámbitos de la teoría del delito[35], pero es cierto también que hay lograda coincidencia en que la teoría de la imputación objetiva abarca un conjunto de criterios derivados de la naturaleza de las normas jurídicas aplicable para la determinación del nexo entre acción y resultado cuando la relación de causalidad resulte insuficiente en ciertos casos, o cuando es sustituída, lisa y llanamente, en otros. Este perfil parece estar ya fuera de discusión.

La trascendencia de este nuevo mecanismo teórico no reside, según nuestro entender, en que se ha superado defi-

31 En el citado trabajo hablamos de la atribuibilidad como presupuesto de la responsabilidad; hoy preferimos denominarlo elemento, pues se ajusta certeramente a la estructura que diseñamos para esta categoría.

32 *¿Qué es la imputación objetiva? Estudio de derecho penal*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 217.

33 Juan Bustos Ramírez, *La imputación objetiva en Bustos Larrauri*, Temis, Bogotá, 1989, ps. 29 y ss.

34 Margarita Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, p. 30.

35 Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 72.

nitivamente el plano naturalístico de la relación causal en el tipo objetivo, sino en la incorporación, con categoría oficial, de un componente que en la teoría tradicional ya estaba implícito en la acción y en el resultado y, por qué no decirlo, en las propias entrañas del bien jurídico; nos referimos al riesgo, que como es sabido, aparece con personalidad propia en el sistema penal comtemporáneo. Los criterios elaborados por Roxin, aun aquellos que no hacen referencia directa al riesgo[36], como el denominado "ámbito de protección de la norma", "pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal", y "realización del plan" reconocen, todos, un baremo de mayor o menor riesgo en la realización de la acción, en la producción del resultado o en la afectación del bien jurídico. Con independencia de las controversias que pueda suscitar una óptica sistemática, o la solución de los casos mediante los cuales ejemplifica el penalista alemán, lo importante es observar que el riesgo aparece como la última *ratio* dirimente de los conflictos planteados; se convierte, en definitiva, en un patrón para la problemática de interpretación. Esta premisa inicial justifica, por sí misma, el trasporte de esta aportación teórica al ámbito de las personas jurídicas, como se observará en las diferentes hipótesis planteadas.

Pero es cuestión previa adoptar un concepto de imputación objetiva que permita clarificar el traslado. En primer lugar, determinar si el ámbito de la imputación objetiva del resultado con sus tres condiciones —que el autor haya provocado el resultado de modo causal con su actuación; que haya creado un peligro desaprobado y que en el resultado se realice ese mismo peligro desaprobado— está limitado al círculo del resultado o si, al contrario, incluye también las secuencias de la acción, tal cual lo sostiene

[36] Claus Roxin, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal. Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus S.A., Madrid, 1976, ps. 128 y ss. Bustos Larrauri, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1989, ps. 78 y ss.

Frisch en un trabajo reciente[37]. Para nosotros, en el ámbito de la teoría del delito tradicional, es de toda evidencia que la creación de un peligro desaprobado no puede ser patrimonio exclusivo de la esfera del resultado, pues ello significaría desconocer la importancia de las condiciones personales del autor —centro neurálgico del injusto personal— y del propio contexto en que se desarrolla el proceso de producción; nada hay en el resultado que no se haya generado en la acción, aun cuando en el itinerario se incorporen o adicionen otros componentes extraños. En verdad, la aceptación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado sólo tiene sentido si se contempla la acción como parte de su plataforma o, dicho de otro modo, si se la estructura a partir del conjunto del tipo objetivo y no de su último tramo; repitiendo una afirmación del autor alemán antes citado[38], es necesario, antes que nada, rectificar en el plano teórico la ubicación de la imputación objetiva si es que se pretende instrumentar la creación del riesgo desaprobado como un patrón normativo de valoración.

Entendida ya la unidad acción-resultado —conjunto del tipo objetivo— como primer paso, resta un segundo: determinar si el traslado de esta concepción a la esfera de la acción institucional exhibe notas específicas, componentes diversos de los que se observan en la acción humana aprehendida por el tipo tradicional, teniendo siempre como mira, obviamente, que el riesgo considerado por la imputación objetiva no es una magnitud autónoma sumada al comportamiento, sino una cualidad ínsita en el tipo.

Si recordamos que la acción institucional registra una naturaleza cualitativamente diferente —verificada según la tríada ya examinada en otro trabajo[39]— que actúa sobre

[37] Wolfgang Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, cap. III, trad. de Carlos Pérez del Valle, ps. 92 y ss.

[38] Ídem, ps. 94 y 95.

[39] *De las penas*, cit., nota 1, cap. I, de este libro.

bienes jurídicos como el medio ambiente y el orden económico, fácil es colegir que el riesgo no puede ser apresado con las mismas pinzas que usa la teoría del delito; no se trata de negar que muchas de estas lesiones a esos bienes jurídicos pueden ser realizadas por individuos aislados y, por tanto, en nada se diferenciaría la situación de la que proviene de acciones típicas ordinarias, sino de subrayar que el volumen del riesgo es diferente cuando la actividad de las personas jurídicas es la que lo produce; pensemos, por ejemplo, en los hechos de contaminación conocidos[40] o en las administraciones fraudulentas de grandes bancos, ejemplos de los cuales nunca se podrá obtener una respuesta satisfactoria sobre los alcances del peligro producido por el comportamiento delictivo.

Esta distinción cuantitativa entre el riesgo de las acciones individuales y el de las institucionales —que se trasforma en cualitativa porque el riesgo es difuso y, por ello, incapsulable perimetralmente— se refleja en cada uno de los problemas planteados por la teoría contemporánea de la imputación objetiva[41]. Comencemos por la clásica división entre riesgo permitido (inherente a la vida social normal) y riesgo desaprobado. Aquí no cabe duda de que, históricamente, el ordenamiento jurídico ha valorado de modo diverso los riesgos para la salud de la población originados en la producción, distribución y consumo de los productos, y los generados por la actividad industrial con relación al ecosistema; muchas de las secuelas del uso de las máquinas de vapor o de la energía eléctrica, consideradas en sus comienzos como aprobadas socialmente, pertenecen hoy al rubro deslegitimado, y seguramente buena

[40] En la nota 1 del artículo publicado en *La responsabilidad*, p. 869 —ver nota 1 de este trabajo—, citamos casos conocidos, entre otros: Saveso (1976), Bophal (1976), El Amoco Cádiz (1989), Exxon Valdez (1971).

[41] Frisch expone en el libro ya citado una especie de inventario de problemas vinculados con la noción del riesgo. Algunos de los mencionados en este trabajo son consecuencia del esquema ideado por el penalista alemán, p. 58.

parte del peligro ocasionado en la actualidad por la utilización de la energía atómica o la termodinámica ingresará en la categoría del riesgo desaprobado. En nuestro esquema, esta reflexión sobre la dialéctica de los fenómenos —reflejo de la más amplia entre desarrollo y ambiente— debe ser resuelta, en los casos conflictivos, de conformidad con la formulación antes mencionada: el riesgo será desaprobado si la persona jurídica es la que actúa como protagonista.

La problemática se traslada, obviamente, a la distinción entre riesgo permitido y riesgo desaprobado en los llamados delitos de resultado tardío; nos referimos a los casos en que después de la lesión primaria, trascurrido un tiempo, se producen otras consecuencias conectadas con el primer impacto; es el ejemplo de las explosiones atómicas, por las cuales, adicionado al daño, se crea un peligro latente difícil de dimensionar, con resultados que se concretan en lapsos diferentes, lejanos al primer envión. Sin duda, el pronóstico se hace más complejo que el elaborado en la esfera de las acciones individuales, donde la teoría tradicional resuelve la contienda con el apartamiento del resultado por ausencia de la dimensión temporal de la imputación[42], o sea, por la no integración del resultado tardío en el peligro desaprobado. Innecesario resulta decir que nosotros propugnamos la solución contraria.

Ecuación harto compleja se presenta en los casos que denominamos de consecuencias ulteriores externas (en el derecho penal convencional, el *shock* traumático en la familia cuando se lesionan bienes individuales). Aquí resulta aún más dificultoso el traslado a las acciones institucionales; por ejemplo, en los delitos económicos, ¿cómo determinar el límite entre los riesgos que corresponden al resultado interno —circuito del bien jurídico-orden económico— y los que pertenecen al sector externo? La solución invocada por la teoría tradicional, que acude al ámbito de protección de la norma, no parece tan diáfana en esta situación, ya que

[42] Frisch, ob. cit., p. 43.

el conflicto no reside en la valoración sino en el sustrato material sobre el que ella se apoya (la ubicación del riesgo). A nuestro entender, el volumen del riesgo, aun generado en el sector externo, debe influír en la aplicación de la imputación objetiva, salvo que claramente las secuelas riesgosas sean ajenas a la esfera de actuación de la persona jurídica; con otras palabras: la valoración no arranca del ámbito de protección de la norma, sino a la inversa; el acento recae sobre el volumen del riesgo.

En el catálogo de los llamados riesgos conflictivos del derecho convencional —difícil determinación de su vínculo con el resultado— cabe anotar el denominado "comportamiento alternativo ajustado a derecho". Pensemos en el supuesto de un acto de contaminación realizado por una empresa química, que genera un riesgo para el medio ambiente al exceder en un punto el límite establecido por la regulación pertinente y que, de haber actuado con la diligencia debida, hubiera podido neutralizar el efluvio. Posteriormente se comprueba que la contaminación igualmente se hubiese producido porque, aun cuando el ente hubiera actuado ajustadamente conforme a derecho, la toxicidad no se habría evitado.

En los ejemplos equivalentes del derecho tradicional, mayoritariamente en el análisis de la negligencia, buena parte de la doctrina afiliada a la imputación objetiva alega aquí la ausencia de una realización del riesgo prohibido en el resultado, no obstante la inobservancia del cuidado, por lo cual el sujeto queda impune[43]. En los delitos contra el medio ambiente y el orden económico la óptica es otra; la polémica queda resuelta *ab initio* porque, tratándose de un bien jurídico colectivo (difuso) está siempre presente, al margen de la realización del riesgo, un aumento de éste. La especificidad de la acción institucional vuelve, aquí, a suministrar una solución diversa.

[43] Ídem, p. 52.

De igual modo debe despejarse la ecuación respecto de los denominados, en la teoría del delito, riesgos residuales (v.gr., los dolores con posterioridad a la herida recibida), secundarios —mala praxis en el hospital después de haber sido víctima de un disparo— o de terceras consecuencias, de estrecha similitud con los llamados de resultado tardío y de consecuencias ulteriores externas. En todos estos casos, que remiten en verdad al problema de la división entre riesgos de la vida social y los desaprobados socialmente, parte de la doctrina acude a la suma de criterios normativos para resolver el conflicto[44]. En la esfera de los delitos económicos y ambientales, sin excluír los criterios adicionales, parece visible que el volumen del riesgo es el mecanismo más convincente. Si ejemplificamos con el delito de monopolio, observaremos que el peligro para la supervivencia de industrias conectadas con las directamente afectadas por la acción (residual), o el que se produce posteriormente por decisiones equivocadas de los entes públicos encargados de contrarrestar la conducta monopólica (secundario), o el que se genera en un sector social que no puede acceder al producto objeto de la concertación monopólica (tercera consecuencia), sólo pueden ser concebidos por medio de la consideración del volumen de riesgo.

Sin duda que la constelación de problemas es incompleta, pero suficiente para acordar que la acción de las personas jurídicas exhibe notas especiales que deben ser contempladas a la hora de optar por los diferentes criterios normativos. En los comportamientos delictivos del área tradicional, no obstante la idoneidad de las acciones para provocar riesgos desaprobados, la mayoría de estos riesgos ingresan en la órbita de los riesgos generales de vida; al contrario, en las acciones institucionales, la proporción entre riesgos de relevancia típica y los marginados de ella es diversa; la sobredeterminación que ejerce el interés económico modifica el cuadro de proporciones; el ámbito vital

[44] Ibídem, ps. 57 y ss.

(producción industrial, comercio, relaciones financieras, medio ambiente) en que se realizan ciertas actividades eleva la magnitud del peligro, genera una capacidad o aptitud superior para desencadenar procesos causales lesivos.

Aunque parezca repetitivo, el volumen de riesgo es el dato de la realidad que acompaña permanentemente la acción institucional; por ello se convierte en el parámetro idóneo para resolver los conflictos planteados por la imputación objetiva.

b) Distribución de roles.

Hasta aquí, la teoría de la imputación objetiva en el plano correctivo del tipo para entender su primer rol como mecanismo coadyuvante en la interpretación de los tipos penales, en referencia directa a la especificidad del riesgo en las acciones institucionales; es, dijimos, una zona común con la atribuibilidad por la confluencia de ambas categorías en la necesidad de asignar riesgos. Pero, como lo anticipamos, juega un segundo papel decisivo en otro sector de la atribuibilidad, al cual podríamos denominar zona de distribución de roles.

Cuando nos enfrentamos con las acciones institucionales, advertimos muchas veces que no es tarea sencilla determinar a quién se atribuye la conducta y, concomitantemente, el riesgo que la acompaña; las acciones de las personas jurídicas son ejecutadas por seres humanos. Se allana el camino cuando la decisión se ubica en el acuerdo del órgano, pero los obstáculos emergen cuando, a partir de ese momento, se acumula una serie de actividades que bien pueden responder a los lineamientos de la decisión o trasformar su itinerario; actúan no sólo directores o apoderados, sino, también, empleados o terceros extraños al ente, con el agregado de que en determinadas ocasiones un mismo protagonista —v.gr., director— inserta su cuota personal en el desarrollo de la acción delictiva. Se trata, en suma, de problemas conflictivos de las llamadas "desviaciones del

curso causal" o de las delimitaciones entre autoría y formas de la participación que, a nuestro juicio, deben ser resueltas mediante un baremo adicional, extraído de la propia naturaleza de la acción institucional; nos referimos al beneficio, generado por el interés económico. Se trata, en suma, de un criterio normativo más, característico de la actuación de la persona jurídica, que amplía el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

Las variantes son numerosas y, seguramente, algunas quedarán fuera del inventario; nuestra aspiración alcanza las más conocidas.

a) En las acciones institucionales delictivas habituales ("normales"), la distribución de roles no requiere, va de suyo, el apoyo de la imputación objetiva (establecida, es obvio, la conexión con la acción-resultado). La actuación de directores o empleados es emanación clara de la voluntad social dolosa o de la decisión negligente de la sociedad, tanto en los comportamientos comisivos como en los de omisión. Las acciones individuales, pertenecientes a la esfera personal de cada interviniente, como es sabido, son desplazadas hacia el área del sistema convencional.

b) La distribución de roles se oscurece cuando nos adentramos en la problemática de la descentralización de la empresa; en las grandes corporaciones es conocida la división entre el poder de decisión y la dirección fáctica junto a la existencia de diferentes instancias jerárquicas, de arriba hacia abajo, y la fungibilidad del personal que generan muchas veces lo que Schünemann denomina vacío de imputación[45]; es sabido también que la ubicación de los funcionarios en la escala jerárquica no se corresponde, en numerosas ocasiones, con la incumbencia de funciones que

[45] Bernd Schünemann, *¿Qué ofrece la reforma del derecho penal económico alemán: un modelo o un escarnamiento?*, en *Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, p. 39.

cada uno tiene asignada[46], lo cual complica los espacios de garante de las diversas instancias. La clarificación de los lazos de imputación se convierte, así, en una condición *sine qua non*, previa al análisis de la exigibilidad de otra conducta, tarea en la cual la imputación objetiva —según el parámetro beneficio— aparece como el instrumento idóneo para determinar, en definitiva, cuáles son los actos que corresponden a la persona jurídica y cuáles los que se ligan con el área personal de los funcionarios o de terceros; si el provecho favorece al ente colectivo, está clara la decisión.

c) Es casi obvio afirmar que la mayoría de las actividades delictivas de las sociedades se realizan al margen de las imposiciones del estatuto[47]: exceden sus límites. Pero el comportamiento de los directivos puede obedecer a sus intereses personales; la representación les sirve como pantalla para su finalidad delictiva y los beneficios no ingresan al patrimonio de la empresa.

Existe la posibilidad de que la empresa recoja algún provecho; en estos casos, la presencia del beneficio permite la atribución de la acción al ente colectivo; el interés económico es la aguja que marca la distribución de roles.

Idéntico criterio rige para las hipótesis, no infrecuentes, de que actúe un grupo de directores sin satisfacer el número necesario para obligar a la sociedad, o un apoderado

[46] Sobre la faz organizacional de la empresa, ver David Baigún, art. cit., *De las penas*, p. 39.

[47] Los sistemas legales siguen diferentes criterios. El *Anteproyecto del Organismo Judicial de Guatemala* (1991) establece (art. 24) que la imputación se realizará "cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de su negocio". No prevé el beneficio (Alberto Binder, *Política criminal, de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 276 y 277). El nuevo Código Penal de Francia (art. 121-2) establece que las personas morales son responsables por infracciones cometidas por su cuenta, órganos o representantes: "Pour leur compte" significa "en su beneficio"; ver J. Borricard, *Pour une responsabilité de tous les groupements?*, "Annales Fac. Droit", Clermont Ferrand, fasc. 18, 1981, p. 143.

con facultades incompletas, o un alto funcionario (gerente) sin representación, pero que en el contexto situacional aparecen como la cara de la sociedad (v.gr., concentración monopólica o acto de polución); en la práctica social, es uno de los caminos elegidos para generar el pretexto de ajenidad de la empresa al hecho ilícito.

No es improbable que la génesis del comportamiento delictivo provenga de una decisión institucional tomada con anticipación a la realización del acto, pero puede suceder también que los ejecutores cuenten en sus planes con la futura ratificación de la empresa. Para la distribución de roles, la variante carece de importancia; el beneficio es el elemento determinante de la imputación, sin perjuicio de que, en el segundo supuesto, el problema de la exigibilidad —y, por ende, de la responsabilidad social— se traslade al área de la conducta negligente de la empresa por ausencia de control de sus subordinados.

No se nos oculta que las variantes enumeradas son susceptibles de solución en el marco de la interpretación del tipo o —como decimos en un párrafo anterior— de la autoría y participación; pero la búsqueda de un concepto abarcativo de atribuibilidad nos convence de la necesidad de acudir en auxilio de la imputación objetiva para resolver los casos límite en que la distribución de roles no exhibe la prolijidad que una categoría normativa requiere; obviamente, este manejo selectivo de los roles no implica interferir o avanzar en el campo del derecho penal convencional, donde el papel de cada sujeto se rige por las reglas ya conocidas.

Exclusión de atribuibilidad. La conducta típica desaprobada es la base de atribuibilidad. Ya hemos señalado que en los casos en que se recurre a la imputación objetiva para resolver algunos conflictos de interpretación para la asignación de riesgos, la aplicación de esta teoría se realiza en el plano correctivo del tipo aunque se proyecte sobre la atribuibilidad. El análisis de la ausencia de riesgo pertene-

ce, por consiguiente, a la faz del tipo injusto institucional y no al tipo de responsabilidad social.

En cambio, es genuino terreno de la atribuibilidad el examen de las condiciones que actúan sobre la distribución de roles y que generan la ausencia de la categoría. No son taxativas, no configuran un cuerpo cerrado; desde un punto de vista teórico es suficiente que influyan sobre la no determinación de la asignación a la persona jurídica para satisfacer la calidad de condición de no atribuibilidad; es el ejemplo de la falta de un beneficio económico, en el área de la descentralización de la empresa cuando, examinadas las distintas instancias, se concluye que la persona jurídica es ajena al entrecruzamiento de las relaciones producidas o, de igual modo, cuando el provecho está ausente no obstante el acoplamiento de las acciones personales y las institucionales.

Debemos subrayar que el enfoque teórico puede no corresponderse con el que se implemente en un sistema legal; es posible, verbigracia, establecer en este último, como causal de no atribución, la falta de inscripción de una persona jurídica cuando, en otro plano, se encuentran reunidos todos los componentes de la acción institucional o, a la inversa, decidir la imputación de una sociedad monoaccionaria o la instrumentada exclusivamente para acciones delictivas cuando, ónticamente, no responden a la naturaleza de la acción institucional. Son razones de política criminal, como dijimos en otra ocasión[48], las que determinan la estructura del sistema normativo, pero ello no nos debe llevar a confundir atribución legal con atribuibilidad (campo teórico).

El resultado de la operación intelectiva sobre la no atribuibilidad está a la vista: se hace innecesario acceder al segundo escalón: la exigibilidad de otra conducta, componente que trataremos enseguida.

[48] Ver *De las penas*, cit. en nota 1. Ver, además, nota 30 de este trabajo.

B) *Exigibilidad de otra conducta.*

En un trabajo reciente, Bustos Ramírez[49] sugiere que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede construír dogmáticamente (teoría del delito) a partir de la problemática de la participación y de la exigibilidad de conducta en el sujeto responsable. Dejemos para otra oportunidad la discusión sobre la primera apoyatura, pero convengamos en que exigibilidad de otra conducta se inserta perfectamente en la categoría de la responsabilidad social por nosotros propugnada.

Comencemos por señalar que no exhibe las mismas características que le asigna la teoría tradicional. Para algunos autores[50], la exigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma es un principio regulativo aplicable en el área de las causas de exculpación (disculpa) en especial referencia al estado de necesidad exculpante, el exceso en la legítima defensa y la coacción o miedo; si la culpabilidad exige que el reproche se origine en la formación de la voluntad en el "poder haber actuado de otro modo", el autor, en estos casos, pudo haber obrado de otro modo y, sin embargo, se lo exime de la pena o se la atenúa. La no exigibilidad actúa como instrumento de salvación para evitar o morigerar las consecuencias del reproche.

Para otro sector[51], la no exigibilidad es una causa general de inculpabilidad, sinónimo de causa supralegal de la exculpación, o género de esta última especie, pero vinculada siempre con la preponderancia del motivo en la conciencia del agente.

[49] *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en "El Derecho Penal", hoy, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, ps. 24 y ss.

[50] Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, t. 1, ps. 655 y ss.

[51] Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Losada, t. IV, ps. 932 y ss.

Es casi generalizada la opinión de que la cláusula de no exigibilidad no es un requisito, elemento o componente de la culpabilidad, sino un "carácter exclusivamente negativo" [52], una indulgencia o dispensa del derecho conforme a ciertas circunstancias; la culpabilidad queda satisfecha con la comprobación de la imputabilidad y la conciencia del injusto [53].

No deseamos extendernos en cuestiones ya conocidas de la teoría del delito que registran, además, abundante bibliografía. En el esquema que proponemos, la exigibilidad de otra conducta pertenece, sin duda, a un patrón general del derecho —la existencia de un ordenamiento implica ya la lealtad a la norma—, pero actúa aquí como un principio limitado a un comportamiento determinado, a una conducta circuitada que, por razones de nomenclatura, denominamos desviación o apartamiento. Esta desviación (soporte de hecho, objeto de valoración) es la acción institucional que, no obstante los requerimientos de los mandatos normativos, emprende otro camino; por eso, el principio se formula como exigibilidad de otra conducta en sentido afirmativo y no a la inversa, sólo como recurso de salvamento o dispensa que cuando está presente excluye la responsabilidad social.

Es obvio que este planteamiento importa reconocer la presencia de una alternativa, de una opción, porque la persona jurídica pudo haber actuado de otro modo, pero este poder no se enjuicia —como dijimos tantas veces— a partir de las motivaciones psicológicas de quienes intervienen en la acción institucional (proceso de la decisión), sino del acto concreto de desviación [54].

[52] Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 336, ver nota 5.

[53] Ídem, ps. 336 y 337.

[54] Jakobs, ob. cit., p. 645, en referencia a la capacidad de culpabilidad, propone, en lugar de la pregunta "¿Pudo comportarse de otro modo o no?", esta otra: "¿Es responsable el autor por no haberse comportado de otro modo?". En verdad, la segunda interrogación es una consecuen-

También parece evidente que resulta superflua la confrontación entre el acto producido y el que se debió haber realizado; en una sociedad preñada de contradicciones económicas, donde las acciones institucionales reconocen como ariete fundamental el interés económico, el único modelo apto es el que se desprende de las regulaciones legales. Sería pecado ingenuo de nuestra parte reproducir aquí las coordenadas tradicionales de una parte de la doctrina que construye, para la comparación, un baremo teórico en torno "del poder medio", "al actuar de otro"[55] cuando la denominada flexibilización laboral y la acumulación desenfrenada de capital constituyen el modelo impuesto en la actualidad por los grupos hegemónicos. Por supuesto, esto no importa desechar totalmente la comparación con otras empresas de parecido potencial o importancia como factor evaluable al momento de determinar la exigibilidad[56].

Detengámonos ahora en la conformación de la exigibilidad de otra conducta o, dicho de otro modo, en su contenido. Como lo adelantamos, la desviación o apartamiento es el soporte de hecho, y sobre esta situación se asienta el juicio de valor; veamos los dos aspectos por separado.

a) El acto de desviación o apartamiento.

El concepto de desviación atraviesa, en una primera fase, el tamiz del tipo; sean acciones institucionales con voluntad social dolosa o decisión negligente por comisión u omisión, el primer nivel de detección requiere el prisma típico. En el acto de desviación está ínsita la necesidad del conocimiento institucional, con las características que he-

---

cia derivada de la respuesta a la primera; por eso no nos parece razonable la sustitución.

[55] Jescheck, ob. cit., ps. 588 y ss.

[56] Maximiliano Rusconi, *Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?* en *El derecho penal hoy*, ob. cit., p. 80.

mos puntualizado en otro capítulo[57], y la posibilidad de su contrapartida: el error, limitado a los elementos descriptivos (fácticos) del tipo.

Pero en un nivel ascendente aparece una cuestión cualitativamente diferente: ¿es necesario que el conocimiento institucional abarque, además, lo que en la teoría del delito se denomina conciencia de la antijuridicidad? La respuesta negativa ya ha sido anticipada por nosotros en varias ocasiones[58] al referirnos a la consecuencia lógica de no acoger en este sistema la categoría de la culpabilidad tradicional y la inadmisibilidad del error de prohibición como eximente.

El conocimiento presunto de las normas es una regla de oro en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su propia estructura y organización —estatutos, normas internas, etc.—, la corporación o la sociedad anónima está obligada a contar con toda la información técnica y jurídica que requiere su funcionamiento; este dato —información construída— forma parte de su esencialidad, está incorporado a su supervivencia como persona jurídica; por eso el "arsenal de su saber" sobre las disposiciones regulativas que la afectan es un ingrediente propio de la actuación del ente y no un elemento vinculado con la aptitud o capacidad para conocer el ordenamiento[59]. La aptitud ya está definida *ex ante* del acto de desviación, lo cual no significa, naturalmente, que los mayores o menores esfuerzos del directorio por actualizarla o resolver las dudas que se suscitan en el órgano al momento de la decisión puedan ser tomadas en cuenta en el instante de evaluar la

[57] "La tipicidad", cit. en nota 1, ps. 72 y ss., donde analizamos el conocimiento institucional como elemento de la voluntad social dolosa.

[58] Ver artículos citados en nota 1, cap. I de este libro.

[59] Un argumento similar se halla en "United States v. Park", fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos (Edmundo Hendler y Hernán Gullco, *Casos de derecho penal comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 135). Son los elementos especiales de la doctrina alemana, difundidos por todos los textos.

responsabilidad social, pero esta apreciación es ajena a la fundamentación conocida del derecho penal convencional que legitima el error de prohibición mediante esas razones.

La hipótesis resulta harto frecuente en la vida de las corporaciones y se visibiliza claramente cuando el órgano acude al informe técnico-jurídico o al consejo profesional para justificar el apartamiento: aquí, el *"máximo cuidado"* o la *"intensidad de la preocupación"* —que en verdad son elementos de un normal funcionamiento— no alcanzan para neutralizar el conocimiento presunto, y sólo sirven para mensurar el juicio de valor como veremos más adelante.

La propuesta no debe generar pavor; la asignación del conocimiento presunto a las personas jurídicas no está tan alejada de ciertas formulaciones del sistema tradicional; ningún investigador del derecho penal se autoflagela cuando admite que en la sociedad actual el autor de un comportamiento como el hurto, robo, homicidio o falso testimonio sabe que su hecho está prohibido por la ley[60]; mucho más cuando es resultado de un plan de preparación.

Esta reflexión está muy próxima de la que surge de la actividad de las corporaciones o sociedades anónimas en el campo económico o en la esfera ambiental, donde los delitos como el monopolio o la evasión tributaria —en el primero— o la contaminación —en la segunda— son inimaginables sin conocimientos de las regulaciones vigentes por parte de las empresas responsables.

Es casi redundante afirmar que la información que se presume abarca el perímetro correspondiente al injusto institucional (v.gr., no se le exige a una corporación pesquera que conozca las normas conectadas con la actividad agrícola)[61]. Dicho de otra manera, estamos frente al rechazo de la pretendida teoría del *versare in re ilicita*, pues la des-

[60] Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, I, trad. de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 186.

[61] En Jakobs, ob. cit., p. 617, "pertenece a su ámbito de organización".

viación está acotada a las consecuencias de la voluntad social dolosa o la decisión negligente, y no a cualquier resultado que se produzca más allá de su esfera.

Un problema relevante de esclarecimiento es, sin duda, determinar si el conocimiento presunto ahora abarca, además del orden normativo estatal, el que se conoce como orden regulativo interno, es decir, el estatuto y las restantes disposiciones que gobiernan la política del ente. Cuando hablamos de acto de desviación, sin duda nos referimos a su contraposición con el ordenamiento externo, pero la cuestión no deja de ser importante porque, en definitiva, el orden regulatorio externo se integra también al área de la prohibición y bien podría ser invocada para sustentar un error de esta índole; es más: en un sector de la doctrina anglosajona, las distintas modalidades de actuación de los directivos frente a este conflicto son decisivas para valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica[62]. Congruentes con lo que venimos explicando, creemos que el conocimiento presunto no debe hacer escisiones: el orden regulativo interno integra la naturaleza de la persona jurídica, es parte de su funcionamiento y va acoplado, por consiguiente, al acto de desviación.

El acto de desviación no siempre aparece expuesto claramente; no es una unidad sino un suceso fraccionado, lo cual dificulta muchas veces la ubicación "geográfica" del conocimiento presunto. Pensemos en el caso del capitán de un barco cargado de residuos tóxicos que decide *per se* atravesar una zona declarada de riesgo —situación que él ignora— para favorecer los intereses económicos de la empresa, pues el desvío importa un apreciable ahorro del costo de combustible. Pareciera razonable que si el directorio acepta implícita o expresamente la conducta del capitán la

[62] Fisse Brent, *The attribution of criminal liability to corporations: a Statetoty Model*, "The Sydney Law Review", vol. 13, nº 3, set. 1991. El autor estudia distintas variantes a partir del concepto de *"organisational blameworthiness"* (culpabilidad organizacional).

presunción del conocimiento normativo se desplace al momento en que se ordenó el cambio de rumbo, aunque la decisión institucional sea posterior; sin embargo, no es ésta la solución más ajustada, pues el papel de garante de la empresa obliga a situar la presunción antes de la confirmación institucional. Lo que nos importa, en definitiva, es advertir que no siempre existe coincidencia temporal entre el hecho real de la desviación y la presencia del conocimiento normativo, cuestión que se compagina con las formulaciones anteriores en materia de atribuibilidad.

b) Valoración de la exigibilidad.

I. *Enunciado.* La desviación es un hecho concreto, un acto determinado en un contexto situacional; la valoración de la exigibilidad de otra conducta se refiere a ese hecho y no a un modelo abstracto que actúa como paradigma. Verdad sabida es la exigencia de actuar conforme al derecho en lugar de adoptar una actitud contraria; es una fórmula genérica, común a todas las prácticas sociales y que, por tanto, nada define. Una categoría como la de responsabilidad social, que aspira a tener patente propia en el sistema, quedaría vacía si la construyéramos con esa cláusula general.

Pero al realizar el juicio de valoración se advierte que, junto con el acto objetivo de la desviación, su sola contraposición con el ordenamiento, aparecen en numerosas ocasiones otros factores concurrentes que integran ese contexto y que pertenecen al objeto de valoración. Son insoslayables, no sólo porque ónticamente revistan en el ámbito situacional, sino porque actúan como presupuestos de la punición; son el remedo parcial[63] de las llamadas causales de inexigibilidad que, para evitar confusiones, denominare-

[63] Decimos "parcial" porque en el derecho penal convencional las causales de inexigibilidad hacen desaparecer la exigibilidad. En nuestro esquema pueden provocar su ausencia o disminuírla

mos en este sistema factores que impiden u obstruyen la exigibilidad de otra conducta.

Desde un punto de vista taxonómico, la agrupación de tales factores debe alejarse forzosamente del marco de la teoría del delito tradicional, aunque la mayoría de ellos provengan de este riñón. Dos razones decisivas: en primer lugar, la naturaleza de la acción institucional, en segundo término, el esquema diverso de imputación, con la desaparición de la culpabilidad como estrato decisivo.

Al incidir sobre la exigibilidad de otra conducta, estos factores operan como eximentes de la responsabilidad social, en unos casos, y como atenuantes o dirimentes en otros. Esta división —ya anticipada al tratar el tipo de responsabilidad social— puede servir como eje de una primera coordenada; pero desde otra óptica los factores pueden provenir del proceso interno de la corporación o generarse en el ámbito externo; es el origen lo que determina la razón de esta segunda coordenada mientras que en la anterior privan las consecuencias. Mediante la conjunción de ambas ensayaremos un breve inventario, con riesgo de que resulte incompleto por algún déficit de nuestra imaginación; el orden que seguiremos corresponde, lógicamente, al de los estratos que componen el sistema *ad hoc*.

II. *Los factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad de otra conducta*. Sin duda, el error juega un papel decisivo; pero, además, están presentes otros factores: la coacción, el miedo, la desgracia, la intervención de terceros; todos relacionados, naturalmente, con la exigibilidad de otra conducta. Ello no significa que algunos puedan ser valorados en un peldaño anterior cuando, por ejemplo, el conflicto se resuelve con sólo verificar el error inevitable sobre el elemento descriptivo del tipo o de la causa de justificación; aquí, como hemos explicado, estamos aún en el territorio del tipo de injusto institucional; no hemos avanzado más allá[64].

[64] En el artículo "La tipicidad" ("Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", Córdoba, p. 76) ponemos el ejemplo de

Vayamos ahora a los factores impeditivos u obstructivos, propios de la exigibilidad, conforme al orden programado:

II.1. *Error evitable sobre un elemento descriptivo del tipo o de una causa de justificación.* Cuando el error a que nos referimos es evitable, la valoración se traslada al ámbito del tipo de responsabilidad social. Y es lógico que así sea, pues la evitabilidad requiere un juicio que ya no se satisface con la ausencia de un elemento descriptivo (circunstancias de la acción y modalidades, datos del tiempo y lugar), sino que requiere *el cómo de la formación del conocimiento institucional, la información construída,* datos conectados visiblemente con la exigibilidad de otra conducta.

Si coincidimos con este razonamiento, la evitabilidad no se puede desprender del análisis de la información construída; sin un acuerdo sobre este concepto, su valoración resulta imposible. En el derecho tradicional, la inevitabilidad o la invencibilidad, cualquiera sea la fórmula que se use, se apoya en el esfuerzo de conciencia del agente, en su interego; en el esquema que propugnamos, ausente la conciencia individual, lo que importa es el examen de los componentes que concurren a la formación de la "información construída", estableciendo si existió un déficit en esa formación o si alcanzó el punto óptimo. En el ejemplo que hemos dado antes (nota 64), si en lugar de la comunicación equivocada del organismo impositivo, la empresa maneja la información de un empleado, el déficit de la "información construída" ya no es suficiente para justificar la inevitabilidad del error; y lo mismo se puede sostener en el supuesto de una empresa que decide arrojar al mar —en estado de necesidad— residuos nocivos que resultaron tóxicos debido a la apreciación errada de un empleado, cuando lo razonable era haber requerido la información técnica.

---

una comunicación equivocada del órgano impositivo que da lugar a un pedido de reintegro por parte de la empresa.

No es superfluo subrayar que a la formación de la "información construída" confluyen datos fácticos y componentes normativos; a los primeros pertenecen los procedimientos empleados para proveerse de la información, la idoneidad de la técnica utilizada conforme a los objetivos de la empresa y el área de su competencia, los esfuerzos para mantener la actualización de saberes. Los segundos se vinculan con la actividad del órgano en función del estatuto, la completitud de la información acumulada, la importancia de los baches o huecos en este terreno —algo semejante al resto de conocimiento de la norma latente en Jakobs[65]—, la procedencia de esos baches, es decir, si obedece al propio comportamiento de la persona jurídica o se origina en un tercero (v.gr., el poder público), la calidad del material de que se ha valido para el inventario del *saber jurídico*, dentro del cual se incluye la fiabilidad de los recursos humanos utilizados.

La conformación de la "información construída" es un instrumento útil para resolver la evitabilidad de cualquier error, con la aclaración tan repetida de que los componentes normativos que se presumen incorporados en la persona jurídica son consustanciales con su funcionamiento; el teorema se resuelve tomando en consideración "la información construída", pero poniendo el acento en la escisión entre elementos descriptivos fácticos y normativos; como observaremos en el listado de factores, el tratamiento de los llamados errores de prohibición es una consecuencia directa de esta división.

Ahora bien: la clasificación anotada no obstruye el cómputo del grado de relevancia de los distintos elementos; la diferenciación tradicional entre esenciales y accidentales[66] de la teoría del delito bien puede ser trasladada aquí, aun-

[65] Ob. cit., p. 675.

[66] La división entre error esencial y error accidental en el tipo es hoy prácticamente aceptada por toda la doctrina; en lengua portuguesa, con remisión a la bibliografía, ver, entre otros, Silva Franco y otros, *Có-*

que respetando el marco determinado por la "información construída"; el dato suministrado por el gerente general no exhibe la misma entidad que el obtenido por medio de un empleado, ni tampoco pueden ser parangonados los procedimientos de alta tecnología con los que ya pertenecen al archivo histórico; la distinción entre una y otra situación no puede ser ignorada a la hora de considerar la evitabilidad del error.

Pero el interrogante principal, tanto respecto de los ingredientes fácticos como de los normativos, reside siempre en determinar cuáles son los criterios utilizables para valorar la evitabilidad: ¿existe un patrón rígido o es necesario acudir a módulos normativos?

La respuesta bordea las mismas costas que la imputación objetiva; es posible acudir a un patrón válido para determinar cuándo ciertas situaciones son admisibles para el diagnóstico del error y cuándo ellas no son razonables, pero este cartabón no siempre coincide con las disposiciones del ordenamiento jurídico. Al igual que lo que sucede con otras categorías teóricas, la evitabilidad está sujeta a las imposiciones y permisiones de la coacción estatal; la aceptación de ciertos errores también pertenece al campo de los actos tolerados por el Estado, de segmentos no acogidos por la coacción. Pero desde el punto de vista teórico, la regla se debe construír tomando en cuenta el protagonismo relevante de las corporaciones en el mundo actual, el volumen de riesgo de sus acciones y el beneficio económico como motor decisivo, o sea, claros argumentos de política criminal; la información construída en un punto óptimo aparece, así, como un instrumento de mayor rigor o severidad para dimensionar la evitabilidad en el conflicto concreto.

Volvamos a la evitabilidad del error sobre un elemento descriptivo del tipo o de la justificante. Interesan las con-

---

digo Penal, p. 51; Luiz Flávio Gomes, *Erro de tipo o erro de proibiçao*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 101.

secuencias. Si la formación de la información es deficiente, la voluntad social dolosa queda resentida pero no desaparece; el comportamiento —en caso de duda— permanece en la órbita del tipo de decisión institucional negligente; el factor no obtura la exigibilidad de otra conducta, sólo la obstruye; no exime la responsabilidad social, pero la traslada a un campo paralelo.

La situación no varía cualitativamente si el error que tratamos aquí se genera a causa de un comportamiento delictivo previo. En el ejemplo dado anteriormente, bien puede ocurrir que el funcionario de jerarquía o el empleado actúen personalmente, o en connivencia con otra empresa, de un modo doloso con la finalidad de provocar el error en la decisión colectiva. En el plano de la política criminal, esta solución puede parecer una apoyatura de métodos perversos en el campo de la competencia; sin embargo, esta preocupación debe ceder ante el riesgo mayor que significa la deficiente formación de la información construída, de cuyos resultados en la práctica social da cuenta permanentemente la crónica periodística.

II.2. *Error sobre un elemento normativo del tipo.* Hemos sostenido en otro artículo que el error sobre los elementos normativos con significación jurídica merece el mismo tratamiento que el de eximente de responsabilidad social[67]; y también hemos agregado que en caso de duda[68] —conflicto entre carácter descriptivo o normativo— debíamos volcarnos hacia este último por razones de política criminal; estas razones fueron expuestas en el apartado anterior al examinar el concepto de información construída.

La aserción de que el conocimiento de los elementos normativos es similar al que se tiene de todo el ordenamiento, es decir, registra la calidad de conocimiento presunto, nos eximiría de asignarle un tratamiento especial al proble-

[67] "La tipicidad" (ver cap. III).

[68] Francisco Muñoz Conde, *El error en derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia, 1989, ps. 32 y ss.

ma. Sin embargo, la presencia de las llamadas leyes penales en blanco, de uso tan habitual en las áreas económica y ambiental, justifica alguna digresión.

Según Tiedemann[69], siguiendo las teorías conocidas, son normas total o parcialmente "abiertas" que se remiten, para ser completadas, a otras con rango inferior a la ley (normas penales en sentido estricto) o a otras leyes (normas penales en sentido amplio). Las cuestiones intrincadas no emergen de este segundo supuesto sino del primero, circunstancia históricamente visible en los delitos económicos y ambientales.

Como es sabido, casi todas las regulaciones del campo de la economía y del medio ambiente, generalmente emanadas de órganos de desigual jerarquía, son creadas por el poder administrador; la frondosidad y la ausencia de regímenes ordenadores son moneda corriente en estas disposiciones, característica que dificulta su conocimiento por parte de la población; obviamente, el común de los habitantes las ignora y, cada vez que se suscita un conflicto, la invocación del error de prohibición desplaza las demás razones.

Una óptica diversa se impone cuando los sujetos son las personas jurídicas; la obligación de informarse sobre el conjunto de normas vinculadas con su funcionamiento —la información construída ya examinada— impide que la alegación del desconocimiento de una norma pueda ser esgrimida como factor que neutraliza la exigibilidad de otra conducta. Desde el punto de vista teórico no existe, por consiguiente, ninguna diferencia con el conocimiento normativo presunto antes estudiado; las normas complementarias son parte de esa formulación.

Es cierto que en algunas ocasiones la información construída puede verse interferida por agentes extraños a su formación; verbigracia, si disposiciones referidas a una materia determinada se publican en un texto totalmente ajeno (cuestiones pesqueras en resoluciones sobre ganadería); en

[69] *Lecciones de derecho penal económico*, P.P.U., Barcelona, 1993, p. 158.

tal caso, es evidente que la regla del conocimiento normativo presunto queda condicionada por un factor anormal del ámbito organizacional (Jakobs), que influye sobre la exigibilidad de otra conducta; la consecuencia lógica es la reducción de la responsabilidad social, que se traducirá en la mensuración de la pena. Cabe acotar aquí que la génesis del error —provenga de la actividad de un empleado, de un alto funcionario o de la visión de órgano— sólo gravita en la medición de las consecuencias, incide en la mayor o menor reducción, pero no va más allá; se trasladan a esta hipótesis las pautas sobre evitabilidad examinada en el apartado anterior.

II.3. *El estado de necesidad disculpante.* Hemos admitido en otro capítulo[70] la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante cuando concurren las condiciones conocidas de este instituto; eliminado el elemento subjetivo de la antijuridicidad, es obvio que la información construída en su punto óptimo debe abarcar el conocimiento de la necesidad como requisito, sumada a las denominadas cláusulas objetivas; si el bien que se salva es de mayor valor que el que se sacrifica, el conflicto queda resuelto mediante la aplicación de la regla del parangón de bienes sin que sea menester acudir a un escalón superior (la responsabilidad social, en nuestro esquema). La solución queda circunscrita al área del tipo de injusto institucional.

¿Qué ocurre cuando los bienes en pugna son equiparables o el que se salva es de menor jerarquía que el sacrificado? Esta problemática, conocida como estado de necesidad exculpante (o disculpante), trasladada a la esfera de las personas jurídicas tiene notas específicas, en las cuales debemos detenernos.

En primer lugar, es importante entender que en nuestro diseño los bienes jurídicos en juego, por su propia naturaleza, impiden la aplicación del mecanismo; supraindi-

[70] *Supra*, cap. III, "Antijuridicidad".

viduales, colectivos, indeterminados, o como prefiera denominárselos, son ajenos a los que intervienen en el estado de necesidad disculpante. Es sabido que la doctrina penal restringe su operatividad a la vida, la integridad corporal y la libertad, en tanto admite una flexible y generosa frontera para el estado de necesidad justificante[71]; esta sola circunstancia descarta la posibilidad de repetir en el ámbito de las personas jurídicas la construcción que se realiza en la dogmática tradicional.

En segundo término, la determinación de lo exigible requiere presupuestos previos —algunos coincidentes con el derecho convencional— sin los cuales la valoración es inviable; la persona jurídica deberá soportar el peligro si ha sido causante del riesgo inherente al estado de necesidad, exhibe el papel de garante o ha incumplido disposiciones regulativas propias, impuestas por el ordenamiento jurídico. La apreciación del factor obstructor de la exigibilidad de otra conducta sólo entra en escena si la empresa no se halla obligada a soportar el peligro por esas tres razones, suficientemente debatidas en la teoría del delito, por lo cual nos eximimos de tratarlas aquí[72].

Las condiciones apuntadas limitan, pues, el marco de actuaciones del estado de necesidad disculpante como factor obstructivo de la exigibilidad; sólo tiene acogida cuando el bien que se salva —económico o ambiental— es de igual o menor valor que el que se sacrifica, obviamente, de la misma calidad. Y va de suyo que el parangón de los bienes restantes sigue siendo una ecuación válida, pero acotada al ámbito de los comportamientos de las personas físicas que protagonizan la emergencia (como del derecho convencional).

[71] Jescheck, ob. cit., edición trad. por Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, p. 660.

[72] *In extenso*, Jescheck, ob. cit., edición trad. por José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, ps. 438 y ss.

La operatividad del factor obstructivo sólo conduce a la reducción de la responsabilidad; no genera nunca la exoneración. Los límites de esta solución dogmática son proyecciones de los dictados de una política criminal coherente, construída, como se dijo, a partir del protagonismo de las corporaciones, el volumen de riesgo de las acciones y el interés económico; un efecto disculpante, que alcanzara la exención, abriría las compuertas del sistema, en franca contradicción con esos postulados.

II.4. *El exceso en la legítima defensa.* Si una empresa vuelca sustancias venenosas en un río proveedor de aguas potables cuya custodia se halla a cargo de otra empresa, cabe la posibilidad de que esa acción sea repelida para contrarrestar la agresión; este ejemplo conjetural demuestra, como señalamos en el capítulo anterior, la viabilidad de la legítima defensa como causal de justificación.

Desde el punto de vista teórico, planteada la posibilidad, el tratamiento del exceso se vuelve cuestión obligada, tanto del denominado intensivo (va más allá de la medida de la necesidad) como del llamado extensivo —superación de los límites temporales—, pues se debe partir, siempre, de la preexistencia de las condiciones objetivas y de la información construída (el conocimiento institucional)[73].

En el error intensivo, el yerro de la persona jurídica sobre la medida de la necesidad se puede abordar por dos caminos: si lo hipotizamos como un error similar al de prohibición indirecto[74] de la doctrina tradicional, debemos concluír que subsiste una cuota de responsabilidad social por un déficit de la información construída, pues ésta no alcanzó su punto óptimo. Si enfocamos el problema como

[73] Jescheck, *Sobre error intensivo y error extensivo*, ob. cit., ps. 444 y ss.

[74] Acerca del tratamiento del error sobre la necesidad conforme a las reglas del error de prohibición, ver las inteligentes observaciones de Marcelo Sancinetti, *Error, dolo y culpabilidad*, Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1976, p. 267.

error sobre un elemento de la justificante, el resultado es equiparable porque, en este caso, estaríamos en presencia de un error evitable, sometido a las exigencias mencionadas en un parágrafo anterior (II.1.). Dicho de otro modo, el error intensivo nunca exonera de responsabilidad, aunque sí puede aminorarla.

Más simple es la consideración del error extensivo. En el ejemplo imaginado, el error sobre el momento en que se debió recurrir a la respuesta —v.gr., el ataque no es actual— refleja un mayor déficit de información, cercana al límite de la improcedencia de la defensa necesaria; la disminución de la responsabilidad social deberá ajustarse, en consecuencia, a esta mensuración.

II.5. *Suposición errónea de una causa de justificación.* Hemos insistido en que el error de prohibición (directo) se halla marginado de nuestro diseño; pero, como es sabido, la doctrina prevalente en el ámbito penal incluye el error sobre la suposición errónea de una causa de justificación como otro de los supuestos del error de prohibición, el denominado indirecto. En este terreno, dos casos son indiscutidos: "El autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación no aceptada por el ordenamiento (error sobre la existencia) o bien desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación admitida (error sobre los límites)"[75]. El tercero (error sobre circunstancias que de concurrir darían lugar a una causa de justificación reconocida —error del tipo permisivo—), sigue siendo objeto de polémica, pues son muchos los autores que le asignan una calidad *sui generis* en tanto otros lo asimilan a un error de tipo o de subsunción.

Si hemos trascrito casi literalmente la opinión de Jescheck es porque la clasificación del autor alemán aparece reproducida en casi toda la bibliografía; optamos por acogerla como plataforma de nuestra digresión para no intro-

[75] Jescheck, ob. cit., ps. 632 y ss.

ducirnos en el debate de la doctrina[76]. En el esquema propugnado por nosotros, el primer caso es asimilable al error directo, pues la suposición errónea de una causa de justificación no difiere, en esencia, de la creencia sobre la no vigencia de una norma, uno de los modelos básicos del error de prohibición directo. En el "arsenal del saber jurídico" del ente colectivo, ambas circunstancias se consideran incorporadas, forman parte del conocimiento institucional presunto. El error no puede ser invocado.

El segundo caso, en cambio, registra trazos distintos. Como ya lo señalamos en el apartado anterior (II.4.), el yerro sobre los límites de una justificación, aceptada si bien es sinónimo de yerro sobre una permisión, exhibe al mismo tiempo una zona común con el tipo de justificación, pues el equívoco versa sobre uno de los elementos (v.gr., la necesidad en el estado de necesidad y en la defensa necesaria). Sale, por consiguiente, de la órbita del error de prohibición.

La construcción del tercer caso, en el ámbito de las personas jurídicas, debe ser seccionada y remitida a los dos anteriores. Si el llamado error del tipo permisivo (*sui generis*) se apoya en el error sobre circunstancias que de concurrir darían lugar a una causa de justificación (Jescheck), en las personas jurídicas esas circunstancias deben valorarse con relación a la información construída, ya examinada; y aquí, como dijimos, confluyen ingredientes descriptivos fácticos y normativos. Si el error gira en torno de un elemento fáctico, el conflicto se debe resolver conforme a las reglas del error de tipo; si versa sobre componentes normativos, su tratamiento corresponde a la esfera del error de prohibición.

¿Cuáles son las consecuencias?

En el primer caso, y parcialmente en el tercero, la exigibilidad de otra conducta aparece intacta: la responsabili-

[76] Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, ps. 191 y ss., plantea otro esquema más convincente, a nuestro juicio, que por las razones apuntadas omitimos tratar aquí.

dad es plena; en el segundo, y parcialmente en el tercero (error fáctico), la suposición de la causa de justificación pesa sobre la exigibilidad; la responsabilidad queda reducida.

Va de suyo que la suposición de una causa de justificación debe provenir del órgano; si la persona jurídica, en cambio, elaboró su creencia según la opinión de un empleado, servirá en todo caso como elemento para la valoración de la conducta de la empresa, o, dicho con otra expresión, para mensuración de las consecuencias.

II.6. *El miedo y la coacción.* Dentro del grupo de causas de justificación exculpantes o de exclusión de la responsabilidad por el hecho[77] figuran, en algunos autores, la coacción o amenaza, en tanto otros agregan el miedo.

En los delitos contra el medio ambiente, y en especial los económicos, la hipótesis de un acto de desviación provocada por una causal de esta naturaleza no es antojadiza; recordemos los casos corrientes suministrados por la literatura o la cinematografía sobre el uso de la presión como arma decisiva en el campo de la competencia; las proclamas sobre la libertad de mercado no alcanzan para ocultar este fenómeno preponderante de la cifra negra.

La coacción y el miedo pueden ingresar por dos vías: a través de la pulsión sobre las personas que integran el órgano o, directamente, sobre el ente colectivo; en ambos casos, la idoneidad del factor para mover la voluntad social se debe apreciar a partir de la decisión institucional y no del efecto provocado en cada una de las individualidades. Las fórmulas conocidas como "miedo insuperable" o "idoneidad de las amenazas", usadas frecuentemente por la doctrina, pueden ser útiles para el juicio de valor, pero no son determinantes; en el contexto situacional gravitan, con igual o mayor peso, la intervención de la persona jurídica en la creación del conflicto, la obligación de soportar el

[77] Así las propone Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 125.

riesgo y la ausencia de otros recursos para resolver la situación.

Las amenazas o el miedo sólo actúan como factor que impide la exigibilidad de otra conducta si satisfacen plenamente todos los requisitos; es decir, si además de la dimensión necesaria del miedo o las amenazas, no ha existido participación de la persona jurídica en la génesis del conflicto, no se encuentra en la situación de soportar el riesgo y resulta impotente para superar el problema por la carencia de otros mecanismos. Son casi inimaginables, en un marco teórico, los ejemplos que responden a este esquema, pero no es improbable, en la práctica social, que una empresa de menor envergadura sea obligada a ingresar en una concertación monopólica por la presión gangsteril de grandes corporaciones, obviamente en un Estado viciado de corrupción y con deficiente funcionamiento institucional.

La exoneración de la responsabilidad es la lógica consecuencia de la confluencia de los componentes mencionados; pero la ausencia de algunos de ellos genera automáticamente la reducción o, directamente, el rechazo del miedo y la coacción como factor obstructivo; en este sentido, las reglas de la evitabilidad, examinadas anteriormente, pueden servir como criterio normativo para graduar la cuota de aminoración.

En cambio, no forma parte de este apartado la fuerza física irresistible cuando repercute sobre la decisión institucional; aunque se trata, como dice Jiménez de Asúa[78], de casos de escuela, refiriéndose a hipótesis semejantes en la órbita de las acciones humanas, es posible suponer el constreñimiento físico de un director con el fin de volcar una votación en el directorio; pero aquí ya no se necesita recurrir a una exigibilidad interferida, sino resolver el conflicto en el plano del tipo partiendo del hecho de que la decisión viciada es sinónimo de falta de acción institucional.

[78] *Tratado...*, t. III, ps. 728 y ss.

II.7. *La desgracia o acontecimiento fortuito. La intervención de un tercero.* En el área de los delitos contra el medio ambiente y en los económicos es frecuente la invocación de una desgracia o la intervención de un tercero ajeno a la empresa para justificar acciones institucionales de efectos relevantes; el hundimiento de un barco cargado de residuos tóxicos o atómicos es el hecho más conocido dentro de este cuadro.

Como no escapará al lector, no está presente aquí la discusión sobre la incidencia de un acontecimiento en una acción institucional con voluntad social dolosa, sino en una actividad institucional negligente. En el ejemplo del párrafo anterior, supongamos que el barco ha seguido un itinerario adecuado, prolijamente estudiado por el directorio, y que responde a las máximas exigencias de las reglas del cuidado (seguridades técnicas, alejamiento de zonas pobladas, previsión de las condiciones meteorológicas, personas altamente especializadas, etc.). De improviso se produce en la región un fenómeno atmosférico inusitado —temporal, maremoto— no advertido por los instrumentos técnicos, y el capitán del navío, previa comunicación con los directivos y con la conformidad de éstos, opta por apartarse de la ruta e introducirse en una zona no aconsejada para el trasporte de elementos riesgosos. Ya en esta región se produce el hundimiento como resultado de los deterioros surgidos durante el tramo anterior; el derrame afecta especialmente las poblaciones costeras próximas (obviamente, a la fauna y flora marítimas).

Planteado el conflicto, en principio parecería que se debe acudir al estado de necesidad, pero, como hemos visto, ello no es posible cuando, como en el caso, los daños producidos como consecuencia del hundimiento son superiores o de difícil mensuración. La desgracia obra, entonces, como factor obstructor en la exigencia de una conducta adecuada al derecho, reduce el ámbito de determinación. Y lo mismo podría afirmarse si el acontecimiento fortuito obede-

ciera al hecho de un tercero, verbigracia, un acto de guerra de la empresa.

Dentro de este cuadro se debe contemplar una variante obligada. Si la decisión de internarse en la zona de mayor riesgo proviene exclusivamente del capitán del barco —imposibilidad fáctica de una consulta o comunicación—, la valoración de la conducta de la empresa escapa al ámbito de la exigibilidad, se ciñe a la esfera del comportamiento individual del capitán (derecho penal convencional), sin perjuicio de la responsabilidad que le cupiera a la empresa en el plano civil.

Sin duda, las hipótesis formuladas no se ajustan linealmente a la realidad. El segundo tramo, en el ejemplo dado, está conectado con el primero, con la observancia de las reglas de cuidado desde que se resolvió la travesía. Dicho de otro modo, el acontecimiento fortuito no debe prescindir del proceso histórico anterior: la ruta escogida, el estudio de las condiciones meteorológicas, la capacitación técnica del personal, la elección del navío adecuado e inclusive el contexto político internacional (para el hecho de guerra); en fórmula abreviada, el grado de contribución por parte de la empresa a la formación del peligro, desde el límite cero hasta el punto de riesgo mayor, atravesando cada una de las etapas del desarrollo cronológico. Por eso, la valoración de la exigibilidad no debe aprehender el último eslabón, sino el ámbito situacional y su génesis; es a partir de aquí de donde la desgracia y el hecho de un tercero habrán de ser evaluados como factor eximente o aminorante de la responsabilidad social.

5. CONCLUSIONES. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL.

Examinados el acto de desviación o apartamiento y los factores que impiden u obstruyen la exigibilidad, el colofón lógico es la construcción del juicio de responsabilidad social.

La reprobación del hecho de la persona jurídica conduce a la condena o a la disminución de la sanción cuando,

obviamente, no hubiera actuado algún factor impediente que genere la exoneración. Ya señalamos que el juicio se estructura sobre la base de una acción institucional, realizada al margen de las exigencias del ordenamiento jurídico, cuando, en rigor, hubiera debido ajustarse a sus límites; ausente la "capacidad de culpabilidad" y, por ende, la posibilidad de motivación, lo que se valora es el apartamiento objetivo del marco normativo, su protagonismo en el hecho concreto en virtud de la voluntad social dolosa o de la decisión indiferente.

En nuestro sistema, el principio de proporcionalidad —que luego se reflejará en la sanción—[79], con relación al daño es vital para la medición de la responsabilidad social; la nota distintiva —ya recordada varias veces— es la dimensión del daño ocasionado por las acciones de las personas jurídicas, cuestión que no puede ser ignorada a la hora del juicio de valor.

Ahora bien: las consecuencias de la reprobación se traducen también aquí en la aplicación de las penas y medidas de seguridad, pero analizadas con otro rasero que el utilizado por el derecho penal convencional; los criterios de prevención general y prevención especial exhiben fundamentación distinta; la actuación de las personas jurídicas gira alrededor del interés económico o ganancia; está signada por la conveniencia. Este dato es plataforma suficiente para convencernos de la necesidad de elaborar un esquema específico que acompañe a la teoría por nosotros propugnada; de esta temática nos ocuparemos en un capítulo posterior.

[79] Sobre la proporcionalidad en el ámbito de las personas jurídicas, ver Tiedemann, *Lecciones...*, cit.; en el derecho penal convencional, entre otros, Cezar Roberto Bitencourt, *La extraterritorialidad penal en el Mercosur y las garantías fundamentales*, IV Seminario Regionalización del Derecho Penal en el Mercosur, Santa Fe, Argentina, junio de 1996 (en prensa).

Capítulo V

TENTATIVA

Los delitos cometidos por la persona jurídica también exhiben grados de realización; cuando la acción tiene como médula la voluntad social dolosa, la progresión criminal requiere el análisis de los actos de preparación, del comienzo de ejecución y la consumación, con la excepción de que aquí gravita de modo profundo la determinación de los actos de decisión, pues es la presencia de este hecho lo que produce la intervención del sistema penal *ad hoc*.

Los actos de decisión son la bisagra entre el bloque de la impunidad y el bloque de la punición, justifica el tratamiento teórico de la tentativa en primer término —aunque cronológicamente sea una etapa posterior a los actos de preparación— y permite entender, además, el itinerario del comportamiento hasta el momento de su consumación.

1. La recepción de la tentativa en el modelo *ad hoc*.

Las razones político-criminales que apoyan la punición de la tentativa son las comunes en el enunciado general aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo que en materia de tentativa se debe acentuar la importancia que juega el riesgo como objeto afectado por la iniciación de la acción institucional, circunstancia a la cual nos hemos referido en otra parte del trabajo[1].

[1] Cap. IV, 4. Elementos.

¿Cuáles son los requisitos de la tentativa? En la teoría del delito, la doctrina dominante[2] menciona dos elementos: el dolo de la acción y el comienzo de la ejecución. En nuestro esquema preferimos hablar de dos elementos —voluntad social dolosa y comienzo de realización del tipo— y de una condición negativa: la falta de consumación. Con el epígrafe común de requisitos, los tres son indispensables para definir la tentativa en nuestro sistema. Veamos por separado cada uno de ellos.

A) *Voluntad social dolosa.*

En el examen de la estructura del tipo[3] hemos acogido la división tipo objetivo-tipo subjetivo asignándole a este último concepto un significado unívoco: referencia a lo que pertenece a un sujeto, en este caso, la persona jurídica. El producto que resulta de la interacción de las acciones de los individuos, catapultadas al acuerdo institucional, tiene como titular, como dueño, a la persona jurídica.

En este sentido, es correcto afirmar que el tipo subjetivo está completo cuando se conforma la voluntad social dolosa expresada en la decisión. A diferencia de lo que ocurre con el dolo en la teoría del delito, la exteriorización de la voluntad social dolosa no demanda, generalmente, la valoración de los distintos componentes del contexto; se extrae de la resolución. Es cierto que sería ingenuo aguardar el reconocimiento expreso del hecho delictivo en el propio contenido del acuerdo —v.gr., la planificación de una defraudación tributaria en términos típicos—, pero es exacto, también, por la propia naturaleza de los delitos de empresa, que la resolución adoptada deja huellas en piezas documentales (actas, notas, fax, etc.). Por otra parte, no obstante las casi siempre infinitas modalidades que pueda exhibir el acuerdo, la vinculación de la voluntad social do-

[2] Por todos, Jescheck, ob. cit., ps. 466 y ss.

[3] *La tipicidad en...*, ob. cit., p. 72, y cap. II de este trabajo.

losa con el contenido del plan y los mecanismos para su cumplimiento, es una característica obligada en comportamientos de este tipo.

Las distintas formas o modalidades de la voluntad social dolosa (directa, de consecuencias necesarias y eventual)[4] también están presentes en la tentativa; la eventualidad —objeto de polémica en la teoría del delito convencional— es perfectamente concebible en nuestro esquema. Si aplicamos la teoría de la probabilidad tal cual la hemos delineado en un capítulo anterior[5], la relación entre la decisión y la posibilidad del resultado aflora desde el momento mismo en que se visibilizó el plan de acción; es el nexo objetivo entre los dos términos de esta fórmula el que define la existencia de la voluntad social dolosa eventual.

No ocurre lo mismo con la decisión institucional negligente o descuidada (culposa); resulta un contrasentido discutir la viabilidad de la tentativa en esta clase de delitos ya que la resolución importa, en sí misma, la necesidad de un plan dirigido a la realización de la acción, presupuesto que está ausente de la conducta culposa[6]. No hay, por lo tanto, tentativa de una decisión negligente.

Cuestión resuelta para nosotros es la posibilidad de la tentativa en los delitos de omisión; como examinamos en otra ocasión[7], la omisión por parte de la persona jurídica puede provenir tanto de una ausencia de decisión como de la decisión de no asumir el deber mandado. En el primer caso, es obvia la inviabilidad de la tentativa puesto que la voluntad social dolosa emerge de modo implícito del contexto de la situación; es una asignación construída. En el segundo (delitos impropios de omisión) el cuadro es otro: la voluntad social dolosa puede nacer condicionada, estar

[4] *La tipicidad en...*, cit., p. 72 y ss.

[5] Ídem, ps. 78 y 79.

[6] Hay coincidencia sobre este punto en el **derecho penal convencional**. Por todos, Jakobs, ob. cit., ps. 868 y 869.

[7] *La tipicidad en...*, cit., ps. 89 y 90.

sujeta a una circunstancia posterior (ejemplo: la decisión de evadir una tributación, salvo la aparición de un factor en expectativa) se trata, como no se oculta, de una modalidad de la tentativa inacabada a la que nos referiremos más adelante.

a) Idoneidad de los medios y realidad del objetivo.

El contenido de la decisión puede abarcar la elección de los medios y la identificación del objetivo; es generalmente consustancial con el plan; resulta factible, sin embargo, que los medios sean inidóneos o que el objetivo sea potencialmente irrealizable no obstante la programación. Cabe también la posibilidad de que el sujeto carezca de las condiciones para proclamarlo autor, verbigracia, si se trata de una organización colectiva de hecho que no cuenta con el *status* de persona jurídica.

En los dos primeros supuestos la voluntad social dolosa está presente aunque, por la proyección de medios inadecuados o por resultar inviable el resultado (por ejemplo, las sustancias tóxicas escogidas no producen el efecto buscado porque las aguas poseen determinadas sales que lo neutralizan) el delito resulta de imposible realización. Sólo si el error de tipo —error "al revés" sobre un ingrediente fáctico— aparece inevitable, conforme a las pautas que hemos señalado en otra parte del trabajo[8], el conflicto se resuelve por la impunidad de la persona jurídica; de otro modo, las consecuencias se deben valorar en la escala de la responsabilidad social. Queda claro, por consiguiente, que en nuestro esquema la naturaleza de los medios propuestos o el grado de eficacia material del elemento contrapuesto que frustra el objetivo deben ser analizados en la esfera del error de tipo y no en el área de la representación, mecanismo psíquico, por otro lado, ajeno a nuestro sistema.

[8] *La categoría responsabilidad social*, cap. IV de este libro.

En cuanto al error sobre la idoneidad del sujeto —organización colectiva de hecho—, la ecuación es otra. Desde el punto de vista de los "autores" —personas físicas— existe un error sobre un ingrediente normativo del tipo —condición de persona jurídica— o, si se prefiere, sobre la existencia de una norma aprobatoria —error de prohibición—; cualquiera que sea la formulación que se acoja, el conflicto debe ser resuelto en el área de la teoría del delito tradicional, pues los componentes del grupo son externos, de hecho, a la persona jurídica y, consecuentemente, ajenos al sistema de la responsabilidad penal que concentra nuestro propósito.

El análisis de la tentativa inidónea —en el derecho tradicional— va unido indisolublemente al delito putativo, puesto que, como es sabido, si el sujeto cree equivocadamente que su conducta contraviene una norma prohibitiva que en realidad no existe, también incurre en un error, aunque este error sea el denominado "error de prohibición al revés"; el delito no existe porque está ausente la norma que lo contempla.

En el sistema *ad hoc*, una reflexión que tenga como soporte la búsqueda de una diferenciación entre tentativa inidónea y delito putativo carece de sentido. Hemos insistido a lo largo del libro en la nula incidencia del error de prohibición sobre la conducta de la persona jurídica. Si, no obstante la información construída —equivalente del conocimiento—, la sociedad adopta una decisión institucional con un objetivo que en puridad es legítimo, la calificación de putativo no resulta adecuada en el esquema, simple y contundentemente porque no podemos construír el concepto de un error de prohibición al revés. La impunidad surge, obligadamente, de la inexistencia de tipo.

b) El comienzo de realización del tipo.

No se nos oculta que estamos frente a una de las cuestiones más intrincadas de la tentativa; las dificultades que

se presentan en el derecho penal común se acrecientan en el sistema *ad hoc* por las características propias de la acción institucional; sólo la constitución de una formulación propia nos permitirá superar los escollos, conscientes de que no nos apartamos totalmente de alguna de las elaboraciones de la teoría del delito[9].

El primer obstáculo surge de la propia estructura de los tipos penales (en nuestro caso, de los delitos económicos y contra el medio ambiente) y, más concretamente, del significado de los verbos que definen la acción; si tomamos, por ejemplo, los tipos de contaminación, advertimos que el sujeto —la persona jurídica— inicia la actividad real de contaminación, contemplada en el modelo legal, cuando, por medio de sus funcionarios o de terceros, desata el proceso corrosivo —no interesa aquí el problema de la magnitud o idoneidad—, arroja el tóxico al agua o aprieta el botón que libera el mecanismo atómico. En cambio, si consideramos el ejemplo de la concertación monopólica, observamos que la acción tiene virtualidad real en el momento en que la persona jurídica, aprovechando su posición de dominio, resuelve hegemonizar el mercado o, más claro aún, cuando en coautoría acuerda el operativo monopólico.

Sin embargo, en ambos casos, según nuestra posición, el comienzo de realización del tipo se debe ubicar en los actos de decisión, es decir, prescindiendo de la virtualidad real estricta. En el ejemplo más conflictivo, el de la contaminación, está presente, igual que en el del monopolio, el plan del autor, que cuenta con la información construída como mecanismo apto para prever el desarrollo ulterior del suceso; si pretendemos una equivalencia, este producto de acumulación de saberes en la persona jurídica es homólogo de la "representación del hecho" en la teoría del delito;

[9] Son numerosas las obras que estudian la tentativa; para un resumen de las distintas posiciones, ver Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, P.P.O., Barcelona, 1985, ps. 277 y ss., 2ª y siguientes ediciones.

juega el mismo rol, con la diferencia de que no atiende al elemento psicológico sino a su naturaleza objetiva.

El "dar principio directamente a la realización del tipo" —fórmula del Código Penal alemán, con franca acogida en la doctrina—, reclama que la actividad, sin más eslabones intermedios, pueda desembocar en la realización típica[10], y esta condición también se divisa cuando analizamos la relación entre la decisión de contaminar y el acto de contaminación; se podría argüír que ambas actitudes no se enhebran desde el punto de vista del significado lingüístico, pero esta objeción está presente en la tentativa del derecho penal convencional y ha recibido la respuesta adecuada; disparar (el arma) y matar son dos verbos distintos y, sin embargo, la puesta en acción del primero es comienzo de ejecución del segundo por obra de la "representación del hecho", columna decisiva del plan del autor (teoría del delito convencional).

Por otra parte, nuestra construcción no se aparta de la necesidad de valorar la inmediatez temporal o proximidad al tipo[11] —la relación entre el primer acto y los restantes que ya son realización material del verbo típico—, criterio que se utiliza en la doctrina tradicional. La apreciación del nexo entre el acto de decisión y los pasos posteriores no es una operación abierta o arbitraria; está sujeta a pautas precisas: en primer lugar, el marco temporal imbricado en las modalidades del plan de acción; en segundo término, la aptitud potencial de los medios y modo de realización del hecho y, en tercer orden, el grado de afectación del bien jurídico.

De la combinación de estos elementos surge el parentesco estrecho entre lo que se acuerda y lo que se hace, la relevancia del plan para convertir la acción "intelectual" en acción real.

[10] Jescheck, ob. cit., p. 467.
[11] Mir Puig, ob. cit., ps. 290 y **291.**

Este diseño teórico es válido, sin cortapisas, para los delitos con resultado de lesión; no rige, en cambio, en el ámbito de los delitos con resultado de peligro, pues aquí, directamente, el acto institucional se identifica con la consumación; no se puede acudir a la tentativa porque la decisión es contemporánea del acto de consumación; están ausentes los eslabones intermedios entre el comienzo de realización del tipo y el resultado producido, si es que le asignamos entidad objetiva al peligro. Nuestra digresión se clarifica si recordamos que comportamientos similares —especialmente los dirigidos contra el orden económico— pueden revestir el carácter de delitos de peligro o de daño según las circunstancias específicas que lo acompañan; así, en el ejemplo suministrado antes (concertación monopólica), el resultado de peligro ya se alcanza cuando adviene el efecto buscado —verbigracia, dos sociedades hegemónicas en el mercado provocan por el solo impacto del acuerdo el encarecimiento del producto—, en tanto que esa misma conducta exhibe la calidad de delito de lesión (daño) cuando la decisión institucional es obra de una sola sociedad que en su plan de acción resuelve acordar con otras la realización del delito; obviamente, sólo en este supuesto cabe construír la tentativa.

c) Falta de consumación.

El tercer requisito —que hemos denominado condición negativa— es la falta de consumación. En esta materia podemos sostener que el delito alcanza el grado de consumación cuando se produce el resultado previsto por el tipo penal; es una cuestión de naturaleza formal, semejante a la que se observa en la teoría del delito convencional; interesa si el plan de acción ha sido totalmente cumplido, es decir, si se ha arribado al objetivo en su integridad.

El concepto de consumación debe ser diferenciado del de terminación material del hecho; la obtención de un subsidio de subvención en perjuicio de la hacienda pública se

consuma en el momento en que los fondos quedan asignados a la cuenta bancaria de la empresa; la terminación material se concreta cuando el empleado o funcionario autorizado los retira. La importancia de la disquisición reside en que la frustración de la acción delictiva no depende de la extracción efectiva de los fondos, sino dèl tramo anterior; sólo habrá tentativa si la intervención interruptora se produce antes de que la hacienda pública coloque el dinero a disposición de la persona jurídica autora.

Conforme a este esquema, carece de trascendencia con relación a la tentativa la cuestión, discutida en el derecho penal, acerca de la posibilidad de una participación por contribución en los eslabones posteriores a la consumación, en el itinerario hasta la terminación material; es un problema específico de la accesoriedad que debe ser resuelto según las reglas examinadas en el capítulo correspondiente [12].

2. Los actos preparatorios. Delimitación con la tentativa.

La proclamación de los actos de decisión institucional como comienzo de ejecución plantea la necesidad de una reformulación de fronteras entre el campo de los actos anticipatorios y el estricto de la punibilidad. En la teoría del delito convencional, es cuestión vital la contraposición interno-externo como módulo de separación entre la región del pensamiento humano y los actos externos; la intervención penal se dirige a estos últimos pero tiene vedada su actuación en la primera. En el sistema *ad hoc*, este presupuesto básico del derecho constitucional carece de aplicación; el pensamiento de la persona física es un dato relevante en la constelación de factores que contribuyen a la formación de la acción institucional, mas no opera como límite de punibilidad; su papel sigue activo en las acciones de las personas físicas que protagonizan los actos prepara-

[12] Ver, más adelante, el capítulo sobre autoría y participación.

torios, en la antesala de la acción institucional, y en los posteriores que se le atribuyen a su mismidad, pero no se traslada al sistema *ad hoc*.

La conducta de las personas jurídicas registra, sin duda, una cantidad de actividades anteriores al acuerdo punible empezando por la ideación en la cabeza de directivos, funcionarios o empleados de la organización; otras obedecen a proyectos informales del ente, el estudio y acumulación de datos necesarios para tomar la decisión. Algunas exhiben una visible orientación causal hacia el objetivo y no son pocas las que aparecen desligadas o lejanas al proceso de formación de la acción institucional. En nuestro marco teórico todas asumen idéntica condición: son actos preparatorios impunes con la salvedad obvia de que, por su lesividad, pueden ser aprehendidas por el derecho penal convencional (hurtos, defraudaciones, falsificaciones, etc.).

La necesidad de esta tajante división surge de la propia naturaleza de la acción institucional, de su calidad de producto cualitativamente diferente de las diversas acciones individuales.

Es cierto que tratándose de delitos de empresa responden a la concurrencia de un grupo de personas que planifica su acción; debería imponerse una división entre comportamientos relevantes —idóneos para el plan de hecho— y comportamientos secundarios pero, en nuestro esquema *ad hoc*, el punto de partida es la empresa convertida en persona jurídica y no la existencia del grupo; sin duda, en esa asociación de hecho las conductas concurrentes deben mensurarse con un cartabón diferente, atendiendo a la disímil importancia de cada una de ellas, pero en nuestro esquema este ángulo de mira es insostenible porque directamente anularía el sistema, la diferenciación cualitativa entre actos individuales y actos de la persona jurídica.

La delimitación entre actos preparatorios y comienzo de ejecución se apoya, por consiguiente, en una situación objetiva que contempla dos niveles de análisis: uno, el hecho externo, la existencia de una decisión institucional; el otro,

la necesidad de un plan de la autora, coetánea con la voluntad social dolosa. Es ajena al límite la consideración de los componentes subjetivos ínsitos en el aparato psíquico de los actores individuales, el propósito o el plan imaginado por cada uno de ellos; el plan del hecho, en nuestro esquema, sólo existe desde que se conforma el acuerdo[13]; dicho de otro modo, también esta instancia —que hemos denominado subjetiva al solo efecto de abordar el examen del tipo— es de raigambre objetiva.

Es evidente que en este diseño los actos preparatorios sólo conservan relevancia para el sistema penal tradicional; desaparece la posibilidad de discutir la extensión de la punibilidad de las personas jurídicas a ciertos actos anticipatorios comprendidos en la llamada conspiración (complot) del derecho ordinario; si la extensión se produce es porque ya ha tenido lugar la iniciación de la acción institucional, en cuyo caso, obviamente, resulta inadmisible la calificación de anticipatorios.

Esa formulación es, por otra parte, coherente con la calidad de autora de la persona jurídica; los actos de anticipación no son, en verdad, actos que integren la autoría aunque informalmente existan proyectos, conversaciones, informaciones u otros mecanismos vinculados con el acuerdo posterior; son eslabones de la realidad, pero dogmáticamente pertenecen, como lo dijimos, a la teoría del delito convencional.

3. EL DESISTIMIENTO. TENTATIVA INACABADA Y ACABADA.

En la doctrina penal, el desistimiento es abordado junto con las denominadas tentativa inacabada y acabada. La

[13] En sentido contrario, Jakobs, ob. cit., p. 183. "Más bien, los estatutos y órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema en el cual lo interno —paralelamente a la actuación en la persona física— no interesa (ej.: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es asumir un actuar delictivo, a tenor del parágr. 30 del St.G.B.)".

razón es lógica: la impunidad sólo es concebible cuando el delito no ha llegado a consumarse; el desistimiento resulta inoperante si se ha producido la consumación[14].

El desistimiento es sinónimo de desistimiento voluntario. Cualquiera sea el fundamento escogido para esta excusa absolutoria posterior (el fin de la pena, la necesidad de tender una escala para el retroceso eficaz, el beneficio del premio, la circunstancia de que el autor reconoce el valor de la norma y por lo tanto que ésta se fortifica), la clave reside siempre en una decisión de voluntad, libremente adoptada. Pareciera, entonces, que en nuestro esquema, resulta harto compleja su traslación al funcionamiento de la acción institucional.

Sin embargo, si recordamos que el desistimiento requiere, básicamente, la no producción del resultado y la condición de que ello suceda por la acción del autor, no vemos obstáculo insanable para que el recurso sea trasportado al área de las personas jurídicas, excepto que la resolución personal es sustituída por la voluntad social del organismo.

Como hemos señalado antes, la voluntad social dolosa puede estar completa pero sujeta a condiciones; por ejemplo, si la sociedad resuelve una concertación monopólica siempre que se obtenga la concurrencia de determinadas entidades del mercado. De acuerdo con el diseño propuesto, el acto de decisión así recortado expresa una tentativa inacabada, pues no se han creado aún todas las condiciones para generar el resultado; obviamente, la interrupción queda en manos de la autora: una decisión posterior en sentido contrario —contraorden— basta para que el desarrollo del acontecimiento quede congelado.

Una tentativa de tal naturaleza permite sin esfuerzos el desistimiento, siempre que la contraindicación reúna los

[14] Jescheck, ob. cit., ps. 490 y ss. En la doctrina corriente, se admite excepcionalmente el desistimiento en el delito consumado. Una versión diferente, Eugenio Raúl Zaffaroni y José Henrique Pierangeli, *Da tentativa. Doutrina e jurisprudencia*, 5ª ed., Ed. Revista Dos Tribunais, 1998.

recaudos de idoneidad (eficacia) necesarios para evitar la producción del resultado. El paso hacia atrás deconstruye el proceso de modo tal que la situación recobra su silueta originaria.

No escapará al lector que la recepción de la tentativa inacabada en nuestro sistema importa, aparentemente, reconocer la posibilidad de una acción institucional de dos resultados o, si se quiere, de un resultado en dos etapas, no obstante la presencia de una voluntad social completa ya en el acto de decisión. Sin embargo, no es así; la condición buscada según el ejemplo anterior es un mojón en el camino hacia el resultado final perseguido (la concertación monopólica) y no un resultado autónomo; al contrario, no cabría otra alternativa que considerar el acto institucional condicionado como un comportamiento preparatorio, ajeno al ámbito de la punición.

No negamos que esta interpretación exhibe el riesgo de un ensanchamiento del área de punibilidad, pero aún así cabe aceptarla como una decisión político-criminal, pues tiende a limitar el campo de las conductas fronterizas de las corporaciones; por otra parte, este criterio interpretativo alienta la utilización del desistimiento, la posibilidad de enmienda ante el temor de ingresar al ámbito delictivo.

A diferencia de lo que ocurre con la tentativa inacabada, en la acabada, la persona jurídica ya ha realizado todos los pasos necesarios para que el resultado se concrete; la decisión conformada, que incluye naturalmente las órdenes a funcionarios y empleados, satisface todas las condiciones. Sólo resta resolver si el proceso desatado es irreversible. La particularidad de esta ecuación estriba en que la realización del tipo depende de los funcionarios, terceros o de la propia víctima, de quienes no siempre el órgano cuenta con la posibilidad de detener el desarrollo de la ejecución; la irreversibilidad está presente cuando el suceso queda librado a los puros desarrollos causales. La persona jurídica ya ha hecho todo; si los funcionarios, terceros o la propia víctima, desvían los últimos tramos del proceso, esta

circunstancia no modifica la calificación de la conducta como tentativa acabada (en todo caso, lo que habría que agregar es que este desvío es sinónimo de circunstancia ajena, elemento fundamental para la tentativa).

El parámetro de la irreversibilidad sirve para apoyar la diferenciación entre tentativa inacabada y acabada; los baremos de la teoría del delito que determinan la distinción —creencia del autor de que el plan estructurado aún no es suficiente para generar el resultado o, por el contrario, la convicción de que se han dado todos los pasos (tentativa acabada)— son instancias subjetivas extrañas a nuestro modelo; la clasificación en el esquema *ad hoc* depende del grado de realización efectivo del plan del hecho, es decir, de la apreciación objetiva del desarrollo del acontecimiento.

De este modo, la irreversibilidad se compagina visceralmente con el desistimiento o, lo que es lo mismo, con la rectificación de la voluntad social dolosa[15]; en la tentativa inacabada, la rectificación es autosuficiente, interrumpe el desarrollo posterior del suceso; en la acabada hay algo más: se requiere un *plus*, un aporte complementario —intervención agregada— para posibilitar la evitación del resultado.

Hasta aquí hemos considerado la hipótesis de una voluntad social dolosa dirigida a un solo comportamiento: el que nace del plan del hecho. Es posible, sin embargo, que la persona jurídica contemple, en su decisión, la realización de varias acciones (por ejemplo, la concertación monopólica y, paralelamente, el "dumping" por medio de la actuación de otra sociedad del mismo grupo). Tanto el itinerario de los hechos programados para su ejecución como la rectificación que origina el desistimiento deben ser valorados en forma independiente; la unidad del acto de decisión no es unidad de ejecución. La cuestión es sencilla cuando la trayectoria de las distintas acciones recorre ca-

[15] No utilizamos la expresión "arrepentimiento" porque ello importaría reconocer un ingrediente de la conciencia individual ajeno a la naturaleza de la acción institucional.

minos autónomos, pero se complica si los tramos de una acción se insertan en el proceso de otra u otras, sobre todo cuando se trata de medir el desistimiento. En tal caso, la solución depende del éxito de la contraorden: en la tentativa inacabada, la interrupción efectiva del suceso; en la acabada, el logro del efecto buscado, la evitación plena. Si el resultado delictivo se produce igualmente, aunque sea parcial, el desistimiento carece de valor alguno.

Es, por otra parte, la solución corriente de los casos referidos a una sola acción; la nota distintiva radica aquí en que el efecto se manifiesta sin sortear "caminos sinuosos"; la relación efecto conseguido-contraorden se percibe directamente.

4. LAS CIRCUNSTANCIAS AJENAS QUE EVITAN EL RESULTADO (CONSUMACIÓN).

Hemos indicado antes que la no consumación es un requisito de la tentativa —condición negativa—. Veamos ahora cuándo esas circunstancias son extrañas a la voluntad social que desata la acción institucional, cuyas características especiales también se relacionan con este punto. Es obvio que en nuestro análisis queda descartado el desistimiento.

A) *Supuesto en que la acción institucional es realizada por los propios funcionarios del organismo (sin intermediación).*

Se trata de los casos en que, tomada la decisión institucional, los tramos de ejecución posterior corren a cargo de los propios integrantes del órgano o de sus funcionarios; la intervención de quienes realizan la obra forma parte de la acción institucional. En este supuesto, la circunstancia ajena puede provenir del propio funcionario de la empresa quien, desobedeciendo el mandato, realiza una acción que

impide la consumación (obviamente, no es el funcionario con facultades de rectificación, pues en tal caso está presente una de las formas de desistimiento). Retomado el ejemplo anterior de la polución, es la acción del empleado encargado de arrojar los barriles que contienen el componente tóxico, quien momentos antes de la ejecución programada los oculta o traslada a otro sitio o, contemporáneamente con el volcado arroja otro elemento eficaz que neutraliza los efectos del tóxico. La condición de circunstancia ajena está vigente en las dos variantes aunque, en verdad, el acto se origine en el ámbito de incumbencia de la persona jurídica.

B) *Supuesto de intermediación.*

Si seguimos la clasificación de Frisch[16] referida a las diversas modalidades de ejecución de acciones lesivas producidas por la empresa, podemos distinguir:

a) las que se realizan a través de terceros —personas físicas— comprometidos para las fases posteriores al acto de decisión. Bien puede suceder, al igual que en el caso examinado en el parágrafo anterior, que el encargado del tramo final, apartándose del plan de acción, impida la consumación; el hecho es claramente ajeno a la voluntad social dolosa de la persona jurídica;

b) las que requieren la colaboración de la víctima, situación visible en el marco de las relaciones productor-consumidor. Si el consumidor, no obstante haber trastrocado el productor las indicaciones exigidas acerca de la toxicidad del producto, advierte esta anomalía, el descubrimiento opera como una circunstancia ajena a la voluntad social dolosa de la empresa.

Aunque resulte superflua la reflexión, se debe agregar que amén de los supuestos examinados existen numerosas causas independientes de la voluntad social dolosa que

[16] Wolfgang Frisch, *Problemas fundamentales...*, cit., p. 103.

obran como circunstancias ajenas; desde el hecho fortuito hasta la intervención estatal, todas son posibles a condición de que no integren el plan de la persona jurídica; enfrascarnos en una clasificación resultaría, además de inútil, carente de rigor metodológico, pues está ausente el denominador común que las aglutina [17].

[17] En el mismo sentido, para el derecho penal convencional, Jiménez de Asúa, *Tratado...*, t. VII, Losada, Buenos Aires, 1970, p. 502.

Capítulo VI

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En nuestro sistema *ad hoc*, la participación está vinculada con la concurrencia de las personas jurídicas en el delito; es una problemática de la tipicidad que sólo debe ser abordada con el sentido restringido que se le asigna en el derecho penal convencional, es decir, como sinónimo de "otras personas jurídicas" que toman parte de la ejecución del hecho ajeno, de lo cual se infiere que sólo son partícipes las cómplices e instigadoras pero no la autora, que reviste calidad distinta[1].

Como se advierte, utilizamos las mismas categorías que el derecho tradicional; salvo las notas diferenciales que apuntaremos más adelante, también en el ámbito del comportamiento de las personas jurídicas existen protagonistas principales y secundarios, que en el escenario de la práctica social desempeñan roles nítidamente distintos, campos claramente delimitados.

Sin embargo, la aplicación de estas categorías no significa negar la confluencia de las reglas de la participación individual cuando se trate de personas físicas que actúan en forma paralela o subordinada a los entes colectivos; se produce, en estos casos, lo que denominamos punto de convergencia, pues si bien los dos órdenes no se confunden, se produce el nexo en tramos concretos, verbigracia, cuando concurren la autoría de una persona jurídica y la de una persona física (coautoría), o cuando la persona jurídica

[1] Baigún y Bergel, ob. cit., p. 171.

acuerda instigar a una persona física y ésta acoge la inducción, o si el particular estimula la realización de una acción institucional con voluntad social dolosa o simplemente colabora con ella.

Debe quedar en claro que la existencia de un punto de confluencia no es una contradicción metodológica. Entre las personas físicas abarcadas por las reglas comunes de la participación y las personas jurídicas —cuya ejecución obviamente también es realizada por las personas físicas—, la comunicación se elabora a través de los referentes humanos; es en este nexo donde se expresa la relación; aunque la acción institucional, como dijimos, sea cualitativamente diversa, el canal de comunicación es único: la persona humana.

1. AUTORÍA. PRESUPUESTO BÁSICO.

La clave para entender el concepto de autor en las personas jurídicas —y obviamente el de participación— reside en reconocer la existencia de dos presupuestos indiscutibles: en primer lugar, la circunstancia de que la mayoría de las acciones institucionales, no obstante su especificidad, son realizadas por las personas físicas; salvo el caso de una decisión societal que *per se* provoca un impacto en el bien protegido —el ejemplo de un acuerdo para monopolizar un mercado determinado, aunque después no se realice, o la resolución de permanecer inmóvil no obstante la obligación de actuar—, el proceso de la realización de la conducta queda en manos de las personas físicas; se trate de los propios directivos, de los empleados o de los terceros ajenos a la empresa, la ejecución de la obra no es una actividad propia (manual) del ente, aunque conceptualmente estemos autorizados a afirmar que la persona jurídica es autora; en segundo término, la actuación de la persona jurídica exhibe siempre dos territorios bien diferenciados: el de los actos de decisión, de una parte, y el de los actos de

ejecución, de la otra[2], división que está presente no sólo en la elaboración de los conceptos de autor y de partícipe, sino también en la formulación del principio de accesoriedad y en la tentativa. Veamos las cuestiones por separado.

A) *¿Cuándo decimos que la persona jurídica es autora?*

Antes de ensayar la respuesta, convengamos en que las teorías históricas del derecho penal convencional no son trasladables a nuestro diseño. En la llamada teoría formal-objetiva, el núcleo decisivo está constituído por la realización de la acción descrita en el supuesto de hecho; verbigracia: es autor aquel que realiza la acción ejecutiva adecuada al supuesto de hecho, en forma total o parcial[3].

En las personas jurídicas, la acción ejecutiva en la casi totalidad de los casos está fuera del ámbito donde se genera la resolución; la voluntad social dolosa —a la cual nos hemos referido en el capítulo sobre tipicidad— tiene vida ya en un tramo anterior a la ejecución, por lo cual, la teoría formal-objetiva no cuenta con andadura desde un comienzo.

En la teoría subjetiva, conforme a las fórmulas conocidas[4], es "autor quien con voluntad de autor realiza una aportación causal al hecho, cualquiera que sea su contenido, siendo, por el contrario, partícipe quien únicamente tiene voluntad de partícipe". El autor quiere el hecho "como propio" y tiene *animus auctoris*, mientras que el partícipe quiere el hecho "como ajeno" y tiene *animus socii*. El parámetro para determinar la distinción es el interés del interviniente o la actitud interna, factor éste de nítido corte subjetivo, el cual, según Jescheck[5], termina siendo el único claro elemento de diferenciación.

[2] En el sistema penal convencional, los actos de decisión, en tanto no tengan una manifestación externa, son impunes; le son ajenos.

[3] Stratenwerth, ob. cit., p. 228.

[4] Por todos, Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 591.

[5] Ídem, p. 593.

Lejos de este enunciado, en el escenario de las personas jurídicas la voluntad social dolosa puede estar dirigida al hecho como objetivo propio, pero el interés —descartamos, naturalmente, la actitud interna por su connotación psíquica individual— es, muchas veces, ajeno a la decisión institucional; basta observar las redes societarias, especialmente las trasnacionales, para convencernos de que la realización de comportamientos delictivos es la culminación de un proyecto dirigido a favorecer una o más empresas del conjunto y no a la titular de la decisión.

Es la teoría del dominio del hecho, con las trasformaciones necesarias que emergen de la estructura diversa de la persona jurídica, la que justifica su traslado al sistema *ad hoc*. En su conocida explicación, Maurach[6] sostiene que cuando concurren varios sujetos en un mismo delito doloso, "la característica objetiva del dominio del acto resolverá la cuestión de cuál de los sujetos intervinientes debe ser considerado autor y cuál partícipe. Dominio del acto es el doloso *tener las riendas* del acontecimiento típico, esto es, la posibilidad conocida por el agente de dirigir finalmente la configuración del tipo"[7].

Como se ve, el tener en las manos dolosamente el desarrollo típico del acontecimiento, el gobernar el proceso hasta su resultado, de modo tal que lo sucedido pueda aparecer como "su" hecho y el resultado como "su" obra, es el eje determinante de la definición anticipada por Gallas[8] cuando afirmaba que la relación (agente y resultado) "se da si el agente, mediante la planificación —claramente dirigida— de los medios apropiados (adecuados al resultado), tiene el hecho en las manos", domina el proceso hasta el resultado, tanto si el mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento[9].

[6] *Tratado...*, cit., p. 309.

[7] Ídem, p. 309.

[8] Claramente lo explica Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, Ed. Universidad de Madrid, 1996, ps. 129 y 130.

[9] Ídem, lug. cit.

La persona jurídica también cuenta con la posibilidad de gobernar los acontecimientos, manejar los hilos, las riendas, o "tener en sus manos" el desarrollo causal mediante la voluntad dolosa que planifica los medios y traza los objetivos. En la decisión institucional aparece la centralidad de la persona jurídica como motor del suceso delictivo, tanto en los casos de acción directa (exteriorización de una voluntad social dolosa limitada) como en los ejemplos en los cuales la actividad se desata a partir del acuerdo conformado (acción realizada por intermediarios) [10].

Es obvio señalar que la voluntad social dolosa no impone su dominio mediante un "poder psicológico" [11], tal cual se predica en la teorización del problema en el derecho tradicional; tanto en el supuesto de autoría directa, como en el de autoría mediata, el contenido del dominio se nutre de una diversidad de factores heterogéneos: el interés económico, la relación funcional, la existencia de una maquinaria o estructura. La voluntad social dolosa maneja la situación por medio de estos componentes, que pueden variar en cada caso concreto, pero que exhiben en común el hecho de moldear el suceso, prolongarlo o desistirlo. Es, en definitiva, el contenido de una relación de poder que se traduce en la asignación de responsabilidad para quien ostenta las riendas del acontecimiento, quien es titular del dominio.

[10] La voluntad social dolosa limitada equivale a decisión institucional que no prosigue con actividades posteriores; es el ejemplo de la concertación monopólica que ya produce el resultado.

[11] Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 168. Esta consideración y las que volcamos en el texto impiden, precisamente, acoger la división entre dominio de la acción y dominio de la voluntad (caps. V y VI del libro citado) e, inclusive, la clasificación de la teoría del dominio del hecho en delitos de dominio y delitos de infracción al deber (Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., p. 496).

El dominio del hecho supone, obligadamente la posibilidad que tiene la persona jurídica (autora) de desbaratar el plan, de retirar la contribución. Esta nota específica, elaborada por Roxin[12], permite en nuestro diseño distinguir la autoría de las diversas formas de colaboración, sean los intervinientes personas jurídicas o físicas. La circunstancia de que se trate de una programación acordada, de un producto elaborado a partir de información construída, autoriza a sostener, en comparación con el derecho penal convencional, que el control de la voluntad social dolosa sobre las consecuencias probables es mucho más férreo aquí que en los ejemplos del ámbito común. Aun admitiendo la dificultad cierta de saber cuándo el retiro de la colaboración por parte de la autora hubiera podido llevar al fracaso del plan delictivo, este obstáculo no anularía la validez de nuestra proposición, porque en el sistema penal, juicios hipotéticos de esta naturaleza son un recurso corriente para resolver casos concretos (causalidad adecuada, dolo eventual, etc.).

Sólo aceptando la presencia de una voluntad social dolosa es posible el dominio del hecho por parte de la persona jurídica; pero ello no implica, como lo señala Stratenwerth[13], para el sistema penal ordinario, la ausencia del dolo (persona física) en el partícipe —en nuestro caso, una manifestación social dolosa—; lo que determina, en definitiva el papel protagónico del dominio del hecho es la capacidad exclusiva que tiene la entidad para abandonar el hecho. No es necesario, va de suyo, que la autora ejecute manualmente la acción institucional[14] ni que abarque los llamados elementos especiales pues, como se ha explicado, el tipo en este esquema *ad hoc* no acepta la existencia de ingredientes subjetivos; es suficiente la presencia del tipo

[12] Roxin, ob. cit., ps. 340 y 341.

[13] Ob. cit., p. 230.

[14] Cuestión básica en el derecho convencional es que el autor ejecute la acción del hecho típico.

objetivo en la instancia de los actos de decisión, con la sola aclaración de que en los casos en que se requiere un deber especial, este componente debe estar contemplado por el dominio del hecho (en los delitos especiales —actuación hacia dentro de la persona jurídica—, la violación de las reglas de salubridad establecidas por una norma administrativa, o sea, la infracción a un deber extrapenal).

Ahora bien: esta formulación general se compagina, desde el punto de vista de la división del trabajo, con la presencia de dos instancias bien diferenciadas: *a*) una primera, que se refiere a los hechos ordenados o mandados, es decir, el campo específico de la decisión institucional (extensión o soberanía); y *b*) una segunda, que abarca los actos de disposición y ejecución ya realizados por la acción de las personas físicas. Cabe subrayar que el poder de distribución de tareas entre los distintos intervinientes se puede dar tanto en la primera como en la segunda; en las dos instancias actúa el dominio del hecho en virtud de la realización del tipo y de la posibilidad de abandono, y la verificación de estas circunstancias en las dos escalas es el mejor parámetro para determinar cuándo podemos atribuírle a la persona jurídica la calidad de autora.

Pero además debe quedar en claro, aunque ya lo haya percibido el lector, que el dominio del hecho por parte de la persona jurídica pertenece a un nivel distinto del que corresponde a cada uno de los directivos que participan de la decisión; el gobierno del hecho derivado de la relación entre la persona individual y su resultado es extraño al dominio ejercido por la persona jurídica; el problema de cómo debe ser valorado el voto de un director que nada agrega a la resolución porque igualmente estaba asegurada la mayoría exigida por los estatutos, el de quien se opone a la decisión porque sabe que su aporte no es indispensable o, finalmente, el del directivo que adhiere posteriormente, cuando "las cartas ya estaban echadas", se resuelve en la esfera de la responsabilidad individual en consonancia con

el esquema de la doble imputación[15] y no en el ámbito de la autoría de la persona jurídica. Y es obvio que este enfoque resulta válido tanto para los delitos de comisión como para los de omisión, pues en ambos la voluntad social dolosa difiere del dolo de cada uno de los protagonistas.

B) *El dominio del hecho en los delitos de omisión.*

No existe inconveniente alguno en trasladar la teoría del dominio del hecho a los delitos de omisión; si la persona jurídica decide permanecer inactiva no obstante su obligación de actuar, esta decisión expresa el poder de manejar la situación y resolver si se produce o no el resultado. Es cierto que la persona jurídica omitente recoge una situación ya dada, en la cual no ha manejado el proceso social ni lo ha dirigido —no ha configurado el curso de los acontecimientos—; por ende, su actividad principal es el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado, pero no hay dudas de que la decisión de no hacer depende exclusivamente de su dominio; aunque más limitado, el dominio del hecho está presente, coincide con la desobediencia.

Aun así, este limitado dominio del hecho reconoce una actividad previa de la persona jurídica; en el ejemplo de una corporación que ha asumido el papel de garante —una empresa que ha tomado a su cuidado una región o un ecosistema con el fin de evitar actos de polución— ya está presente el presupuesto de una omisión posterior; el no hacer no es una omisión desnuda, descolgada de la realidad, está inserta siempre dentro de un contexto; su negativa a intervenir es, en verdad, el epílogo de un proceso previo, de modo tal que no es arbitrario sostener que,

[15] Son algunos de los problemas que plantea Günter Jakobs, *Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*, publicado en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (coordinadores: Santiago Mir Puig y Diego M. Luzón Peña), J. Bosch Editor, Barcelona, 1996, ps. 75 y ss.

al igual que en los delitos de comisión, la persona jurídica posee las riendas del suceso.

C) *El principio de accesoriedad.*

En la bibliografía corriente de derecho penal convencional, el principio de accesoriedad es abordado, indistintamente, en el capítulo de la autoría o como prolegómeno de las modalidades de la participación. En este trabajo hemos preferido examinarlo en el primero porque la determinación del hecho principal no sólo es indispensable para definir las formas de colaboración delictiva sino, también, para deslindar las fronteras de la autoría, es decir, el perímetro de cada autoría.

El hecho principal, en nuestro diseño, se integra con los actos de decisión y con los de ejecución. Es tarea sencilla identificar el primer tramo —la decisión institucional—, pero resulta más complejo precisar cuándo los actos de ejecución pertenecen al hecho principal, esto es, cuándo son derivación homogénea de la resolución; no escapará al lector —por lo que se ha visto— que la frecuente concurrencia de otras acciones individuales (terceros) oscurece la escisión entre actividades genuinas de la entidad y actividades de colaboración (secundarias o subordinadas).

La clave para deslindar el hecho principal de las acciones de colaboración es, sin duda —como ocurre en el derecho penal convencional—, la relación de causalidad, completada por la imputación objetiva en los términos analizados en el capítulo IV; la existencia de este nexo es el fundamento del castigo a las personas físicas o jurídicas que contribuyen a la realización del hecho principal.

La aplicación de la teoría de la causación no es otra cosa que la desvalorización de la participación por el hecho de que causa o favorece la lesión de un bien jurídico[16];

[16] Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, P.P.U., Barcelona, 1985, p. 337.

se enlaza, en este sentido, con la teoría de la accesoriedad limitada en cuanto sólo requiere que el hecho principal sea una acción típica, dolosa y antijurídica, elementos que se dan, con las variantes apuntadas, en el injusto institucional.

Es casi innecesario agregar que en nuestro sistema *ad hoc* la polémica acerca del traslado del principio de accesoriedad extrema carece de sentido; eliminada la culpabilidad como categoría válida, resultaría una *contradictio in adjecto* plantear la dependencia del partícipe de una acción culpable; el comportamiento del partícipe se rige por las reglas de la culpabilidad si es una persona física, o por las de la responsabilidad social si se trata de la persona jurídica.

De la aserción anterior surge una clara consecuencia: las causas de inculpabilidad vinculadas con la conducta del partícipe (persona física) se corresponden, también, con esa esfera autónoma; si la persona jurídica, autora del hecho principal, se ve favorecida por la existencia de un factor impediente u obstructivo (responsabilidad social), tal circunstancia no opera sobre el reproche al partícipe; la situación es idéntica si el acto de contribución es realizado por otra persona jurídica; esos factores que impiden u obstruyen no repercuten en el ámbito de autonomía de la entidad colectiva que actúa como colaboradora.

Como sucede en el hecho convencional, también se requiere que el hecho típico principal tenga cierto grado de realización; debe alcanzar el comienzo de ejecución. En la persona jurídica, basta el acuerdo (decisión societal) para que se satisfaga el requisito; las acciones ligadas con el hecho principal se hallan condicionadas por esta circunstancia sin que sea menester aguardar nuevos eslabones en el comportamiento. Obviamente, el diagrama es distinto según se trate de instigación o de complicidad; en la primera, el mensaje o mandato se debe producir antes de la conformación del acuerdo (v.gr., un empresario particular o una sociedad inducen al directorio de una empresa para que concierte con otras del mismo rubro el aumento de un pro-

ducto o su desaparición en plaza); en la segunda, la colaboración se realiza una vez tomada la decisión, momento en que la persona jurídica emprende el camino de la ejecución rumbo a la consumación del delito. Es obvio que esta contribución del partícipe se define con relación a la acción institucional, a su exterioridad, lo cual no importa negar la posibilidad de una actividad anterior a la decisión institucional, cuestión que pertenece al plano de la responsabilidad individual, regida por las reglas del derecho penal tradicional.

A diferencia del sistema penal ordinario, es harto problemático detectar casos en que a la consumación del delito siga la terminación de la lesión antijurídica o, expresado de otro modo, se prolongue el estado consumativo (delitos permanentes), pues en los delitos contra el orden económico y contra el medio ambiente la consumación es, generalmente, instantánea; la contribución delictiva finaliza, pues, con el resultado. Y esta formulación es válida cuando se trata de delitos de estado, en los cuales, si bien la ilicitud del hecho punible concluye con el resultado, la situación antijurídica se mantiene durante un cierto tiempo[17] (v.gr., la concertación en el monopolio que genera la desaparición del producto en el mercado, o la permanencia de un costo excesivo durante un período).

Problema agudo para la aplicación del principio de accesoriedad es el que se presenta al abordar la responsabilidad del partícipe —persona jurídica o persona física— por los hechos realizados con anterioridad a su contribución; la persona jurídica (empresa) utiliza generalmente diversos personajes para cumplir su objetivo; en los distintos tramos de su conducta aparecen colaboraciones episódicas o temporales de empleados y de terceros —excluímos aquí los casos de autoría mediata— que intervienen en actos puntuales. En la doctrina dominante (derecho penal convencional) hay coincidencia en atribuírle responsabilidad al

[17] Jescheck, ob. cit., p. 237.

partícipe si existió un compromiso previo antes del comienzo de ejecución; la promesa lo vincula a todos los tramos sucesivos de la acción.

En el esquema diseñado por nosotros, los parámetros son diferentes: si la contribución de la persona jurídica o del particular ha sido decisiva para la culminación de la acción delictiva programada —obviamente a partir de la decisión institucional—, el partícipe asume la responsabilidad por todo lo acaecido anteriormente; en cambio, si el aporte resulta intrascendente, es decir, no ha influído sobre el curso impreso a la acción societal, el partícipe sólo es responsable por su intervención puntual; lo determinante es la contribución al resultado.

2. AUTORÍA MEDIATA.

A) *Principios generales.*

1. Es sabido que la categoría de autor mediato aparece cuando se atribuye a un sujeto un resultado, consecuencia de la ejecución del hecho por otro, pero con el dominio del primero; el autor mediato no realiza personalmente el tipo sino que utiliza la conducta de otro, denominado instrumento [18].

Esta concepción de la doctrina tradicional tiene cabida en el sistema *ad hoc*, pero modificando alguno de sus términos; la persona jurídica puede desempeñar un papel equivalente al "hombre de atrás" de la teoría del delito con la particularidad de que el instrumento puede ser una persona física u otra persona jurídica (a las diversas modalidades nos referiremos más adelante).

[18] Baigún y Bergel, ob. cit., p. 179. Existe una frondosa bibliografía sobre autoría mediata. Por todos, Francisco Castillo González, *La autoría mediata*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

Componente esencial del esquema es la presencia de la voluntad social dolosa, sin la cual resulta imposible concebir el dominio del hecho al que aludimos antes; es una nota común del concepto de autor, en el cual la voluntad rectora abarca todo el suceso pero con el agregado de que dispone del intermediario del hecho[19].

2. Si cotejamos la autoría mediata de la persona jurídica con la que se estudia en el derecho penal convencional, advertimos que hay otros rasgos similares: en primer lugar, la existencia de la autoría mediata finaliza allí donde el instrumento es plenamente responsable, se trate de una persona física o de otra persona jurídica (obviamente, en este caso hablamos de responsabilidad social); en tal supuesto, para resolver el problema se deberá acudir a la coautoría o a alguna de las formas de participación (instigación, complicidad).

En segundo término, también resulta inaplicable, en nuestro esquema, la autoría mediata en los casos de delitos de propia mano, no porque el tipo requiera una intervención corporal o personal, sino porque la estructura misma de la persona jurídica hace impensable examinar tal hipótesis. Y lo mismo ocurre con los delitos especiales propios —de escasa viabilidad en este sistema—, en los cuales la descripción de una conducta sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que cuentan con una cualificación especial; en el capítulo sobre tipicidad, hemos dado el ejemplo de una acción institucional dirigida hacia el interior de la empresa que lesiona la protección laboral y que sólo puede ser decidida por el órgano de esa empresa (autolesión).

En tercer lugar, el dominio del hecho en el ámbito de las personas jurídicas requiere, al igual que en la teoría tradicional, que el instrumento se halle en una posición subordinada; la subordinación puede corresponder a distintas circunstancias que varían según se trate de un indi-

[19] Jescheck, ob. cit., ps. 604 y 605.

viduo particular (error, coacción, etc.) o de una persona jurídica (coacción, error inevitable de tipo); lo que importa es que la dependencia del dominio del hecho no se vea perturbada por la autonomía del intermediario —el dolo en la persona física, o la voluntad social dolosa en la persona jurídica—, porque, de producirse esta situación, desaparece la calidad de subordinado. La importancia de esta observación reside en que el tejido de redes societarias registra, con frecuencia, relaciones difíciles de descubrir, donde se confunden las autónomas con las subordinadas, donde el grado de cooperación exhibe tantas facetas que sólo una investigación aguda del caso concreto permitirá establecer los verdaderos límites.

Tal vez resulte útil para deslindar campos la reflexión que hace Jakobs sobre este problema: la necesidad, de un lado, de tomar en cuenta la trascendencia de la decisión y, del otro, el papel que desempeñe el instrumento conforme al diseño del tipo penal que se invoque[20]; es decir, habrá que observar en qué medida la decisión afectó, fue cumplida, y en qué proporción el comportamiento realizado por el instrumento se adecua a la descripción. Por consiguiente, no interesan tanto las modificaciones o agregados que pueda haber sufrido la decisión institucional, sino su relación con el plan programado de modo que la esencialidad de la decisión sea cumplida; lo que gravita es el dominio sobre la extensión de la disposición y no el dominio sobre el área de la distribución u organización (la configuración, para Jakobs).

3. Al igual que en la teoría tradicional, es posible suponer la autoría mediata conjunta: dos o más corporaciones que comparten el dominio del hecho; en este caso, el vínculo entre las personas jurídicas exhibe las características de la coautoría y le son aplicables todas las reglas de esta categoría, que se examinarán más adelante.

[20] Jakobs, ob. cit., p. 764.

Del mismo modo, es imaginable la presencia de varios instrumentos, en los cuales, como es obvio, el común denominador es la falta de la voluntad social dolosa; nuevamente, el ejemplo válido de la red de sociedades, donde, generalmente, una de ellas asume el papel rector y las restantes la calidad de subordinadas (sociedad de sociedades). Va de suyo que en la práctica social, el diseño no es tan puro, pues junto a las entidades intermediarias ajenas a la maniobra, actúan las que se hallan plenamente informadas de la situación[21].

4. Pertenece a este capítulo, destinado a los principios generales de la autoría mediata, la discutida problemática sobre la conexión entre la decisión institucional y los llamados defectos (carencias) del instrumento, sea éste una persona física o una jurídica; la cuestión aparece en más de una de las modalidades de actuación del instrumento.

La polémica, en la teoría del delito, se desenvuelve en torno del interrogante de si el autor mediato debió haber creado el defecto o si es suficiente con aprovecharlo. En el ámbito de las personas jurídicas, la ecuación puede plantearse en términos parecidos; si, por ejemplo, una corporación decide provocar la desertización de una zona —deforestación mediante—, para lo cual informa previamente al personal que dispone ya de la autorización correspondiente, con el propósito de desarticular cualquier resistencia, es evidente que ha creado el defecto; su responsabilidad es plena. Pero se resuelve de la misma manera si la información suministrada al personal proviene de otras fuentes y la entidad es ajena a la falsa información, es decir, que sólo la aprovecha. La respuesta es similar, pues lo que importa es el manejo de la relación carencia-resultado que favorece a la sociedad (autora mediata). La distinción entre creación del defecto y aprovechamiento carece de trascendencia.

[21] El modelo económico actual, al que hacemos referencia en la Introducción, es campo propicio para maquinaciones financieras realizadas según este mecanismo.

Esta formulación, extraída del derecho penal convencional, en nada modifica la figura de la autoría mediata de la persona jurídica. El interés de esta cuestión reside en la necesidad de determinar el papel que cumple el instrumento en materia de error. Si se trata de una persona física, el error en que ésta pudo haber incurrido como intermediaria es incumbencia del derecho penal tradicional; si es una persona jurídica la que actúa, entra a jugar como factor decisivo la inadmisibilidad del error de prohibición de nuestro esquema; la conducta de la intermediaria se trasforma en cooperante, consecuencia que lleva a negar lisa y llanamente la autoría mediata en el caso, con la sola aclaración de que la intermediaria podría verse favorecida con la reducción de pena conforme a las circunstancias concretas del supuesto de hecho (ver capítulo sobre responsabilidad social).

B) *Los casos de autoría mediata por variantes en la actuación del instrumento.*

El catálogo de casos de autoría mediata se ha ampliado en los últimos años; las controversias y polémicas suscitadas en torno de esta cuestión también están presentes en nuestro esquema cuando el instrumento es una persona física; las notas diferentes aparecen cuando son las personas jurídicas las que juegan este papel. Naturalmente, nos ocuparemos de este último punto.

a) Instrumento que actúa sin voluntad social dolosa.

En verdad, se enmarca dentro del cuadro de instrumentos que actúan atípicamente[22]; es el equivalente, en el derecho convencional, al intermediario que obra sin dolo. La persona jurídica que recibe, dentro de la red, la orden de la corporación central de realizar una actividad y acce-

[22] Jescheck, ob. cit., p. 606.

de a ella sin advertir que se trata de una maniobra ilícita, opera sin voluntad social dolosa; obviamente, el error debe ser inevitable y ceñirse a un elemento objetivo del tipo, conforme a las pautas señaladas en el capítulo sobre responsabilidad social; es el ejemplo de una sociedad que realiza el trasporte de residuos tóxicos al exterior del país en la creencia de que se trata de productos alimentarios porque así figura en las instrucciones de la empresa rectora[23].

No es descartable la eventualidad de que la ausencia de la voluntad social dolosa se halle recortada, es decir, corresponda sólo a una parte del suceso total; en el mundo de las operaciones financieras es posible concebir una acción societal de la entidad hegemónica del grupo que ordena a la intermediaria de poca entidad que realice un hecho ilegítimo, al tiempo que la utiliza para obtener un resultado de mayor alcance, que es el que en realidad interesa.

Si la situación se analiza desde el suceso total, podríamos sostener que se trata de un dominio parcial cuantitativo del hecho[24], pero si nos ceñimos a los límites de la intermediación, el caso no se diferencia del supuesto anterior (instrumento carente de voluntad social), sólo que aquí concurre la autoría directa de la intermediaria por la cuota-parte en que actúa con voluntad social dolosa, con la autoría mediata de la entidad monitora.

b) Instrumento que actúa con error invencible sobre un elemento del tipo permisivo.

Al examinar los factores impedidores de la exigibilidad de otra conducta hemos asimilado el caso del error invencible sobre un elemento fáctico de la justificación al error sobre un ingrediente fáctico del tipo. Es obvio que si la persona jurídica —instrumento— actúa en esta condición, las consecuencias son similares; no hay diferencia estructu-

[23] Es obvio que si el instrumento es una persona física, son las reglas de la teoría del delito las que gobiernan la situación respecto del error.

[24] Denominación que usa Jakobs, ob. cit., p. 768.

ral en la elaboración de la autoría mediata. Aunque parezca un ejemplo de escuela, no es ajeno a la lógica suponer que una empresa fabricante de productos químicos genere un estado de necesidad —incendio de un bosque— con el propósito de que la empresa subsidiaria, encargada de la explotación, se vea obligada a utilizar un producto suministrado por la autora del plan y del cual ésta quería deshacerse porque poseía efectos nocivos. Al decidir la empresa intermediaria el uso del tóxico opera, en verdad, como el brazo armado de la entidad principal, pero sin conocer las metas finales.

c) Instrumento que actúa "conforme a derecho".

Dentro de la red de sociedades, donde la comunicabilidad entre sus componentes es un dato común, esta hipótesis, extraída de la teoría del delito, es perfectamente aplicable. La empresa A, hegemónica de un grupo, que compite con B en la elaboración de un producto de alta tecnología y que en principio ha concertado con su rival el dominio del mercado, organiza, por medio de sus empresas subsidiarias (intermediarias) la compra de cantidades de ese producto en plaza, fabricado por B, con el fin de imponer su posición de dominio; las subsidiarias aprueban las operaciones y las ejecutan sin que A les advierta el contenido del plan. Es cierto que el cuadro se parece al expuesto en el parágrafo A (actuación sin voluntad social dolosa), pero la diferencia estriba en que en el comportamiento conforme a derecho no existe ningún vicio de constitución, en tanto que en el anterior el defecto forma parte del hecho.

d) Instrumento negligente o impropio.

En el capítulo dedicado a la responsabilidad social hemos puntualizado que la "información construída" en forma deficiente resiente la voluntad social dolosa pero no hace desaparecer la responsabilidad; el comportamiento permanece en la órbita del tipo de decisión institucional negligen-

te. La hipótesis puede ser trasladada al caso de la persona jurídica-instrumento donde la intermediaria queda vinculada al hecho por su participación, pues, al mismo tiempo, sirve de medio para la realización de la voluntad social dolosa de la persona jurídica "de atrás"; en nada se diferencia del tradicional ejemplo del instrumento culposo del derecho convencional (v.gr., la enfermera que aplica la inyección que contiene el veneno sin las verificaciones previas), que sólo una parte de la doctrina incluye dentro del catálogo de la autoría mediata.

Para nosotros, en el marco de las personas jurídicas, es perfectamente compatible la coincidencia de la voluntad dolosa de la persona jurídica "de atrás" con el comportamiento negligente o imprudente de la intermediaria[25]; el dominio del hecho abarca no sólo las relaciones causales seguras, sino también las probables; la resolución puede contemplar caminos diversos contando, inclusive, entre otros, con la posibilidad de que la subsidiaria no recurra a la conformación de un conocimiento acabado de los componentes del contexto; el objetivo buscado no tiene por qué atenerse a un solo itinerario. Más aún, la práctica social señala que en las redes complejas de los grandes grupos, el ensayo de "programas alternativos", en los cuales la vulnerabilidad de sus integrantes es uno de los datos computables, aparece como el *modus operandi* habitual de esas nuevas modalidades de autoría mediata, desconocidas, sin duda, en el campo del derecho penal tradicional.

e) El instrumento que actúa amenazado o con miedo.

En los delitos contra el medio ambiente, y en especial en los económicos, la realización de un acto ilícito mediante una sociedad que actúa amenazada, o con miedo, no es

[25] Sobre la imposibilidad de concebir la autoría mediata por incompatibilidad de los conceptos de finalidad en el autor y delito imprudente en el instrumento, ver Roxin, ob. cit., ps. 203 y ss.

una suposición antojadiza; basta recordar el uso de la presión como arma en el campo de la competencia comercial, y la represalia como consecuencia.

La autora "de atrás" puede recurrir a la amenaza o al miedo por medio de distintas vías, pero, preferentemente, utilizando la pulsión sobre los integrantes del órgano de la persona jurídica o, directamente sobre el ente colectivo[26]. La decisión de la intermediaria se genera a partir de un influjo determinante y no según los carriles societarios normales; obviamente, el producto así obtenido es lo que interesa y no el efecto provocado en cada una de las individualidades.

Como señalamos en el trabajo antes citado, el llamado miedo insuperable o la idoneidad de las amenazas se definen por una valoración objetiva; además de la dimensión necesaria en el miedo o las amenazas, es imprescindible que la persona jurídica intermediaria no haya participado en la génesis del conflicto, que no se encuentre en la situación de soportar el riesgo y resulte impotente para resolver el problema por la ausencia de otros mecanismos. Si se satisfacen todas estas condiciones, es evidente que la sociedad-instrumento carece de opciones para resistir la presión de la autora mediata, debe ceder y realizar la acción que se le exige. Es el caso, dentro de un grupo de sociedades, de una sociedad expresamente creada para la negociación de un producto exclusivo que se ve obligada a la ejecución de acciones lesivas para la competencia ante la amenaza de suspensión del suministro.

f) El instrumento en un aparato organizado de poder.

La trascendencia que ha adquirido en las últimas décadas la categoría "autor de escritorio" en virtud de los aparatos organizados de poder obliga a una reflexión sobre

[26] David Baigún, *La categoría responsabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, "Revista Brasileira de Ciencias Criminais", nº 18, p. 322. En este libro, ver cap. IV.

la posibilidad de trasladarla a las grandes organizaciones comerciales e industriales, en especial, financieras. En efecto, el "autor de escritorio" en sí mismo no colabora en la ejecución del hecho, pero tiene propiamente el dominio del suceso, porque al disponer de la organización cuenta, también, con la posibilidad de convertir las órdenes del "aparato" en ejecución del hecho[27]. Dado que la entidad intermediaria se hace cargo de la ejecución puede ser reemplazada por otra cualquiera de las que integran la red (fungibilidad del ejecutor); no se necesita apelar a la coacción ni al error —con las características específicas en nuestro esquema— para atribuír el dominio del hecho a la sociedad que obra por detrás. Es cierto que para ello se requiere la presencia de un grupo de "sociedades de papel", manejadas por una entidad rectora, pero esta construcción permite, precisamente, satisfacer el recaudo de que la organización debe tener a su disposición una reserva suficientemente extensa de entidades intermedias que haga posible el uso alternativo de cualquiera de ellas: la intercambiabilidad a la que se refiere la doctrina[28].

Por cierto que la práctica social registra más de un modelo; no todas las "sociedades de papel" revisten la misma jerarquía. En la relación en cadena, algunas suelen superar el papel de mero instrumento y convertirse en piezas clave del plan global, sobre todo en la red de corporaciones trasnacionales, donde el trasvasamiento de responsabilidades se realiza con la finalidad de facilitar el manejo operacional en una región; la nueva sociedad dirigente pierde, por supuesto, la calidad de instrumento y se trasforma en coautora o cómplice, según sean las variantes de la colaboración.

[27] Stratenwerth, ob. cit., ps. 242 y ss. Analiza también este problema Juan Carlos Ferré Olivé cuando comenta una sentencia del tribunal supremo y destaca la definición de la sentencia que parifica la organización criminal con un verdadero aparato organizado de poder (blanqueo de capitales y criminalidad organizada en ob. cit., ps. 88 y 89).

[28] Ídem, p. 243.

No se nos escapa que una estructura así concebida no coincide exactamente con la circunstancia de que el dominio de la organización mediante aparatos de poder sólo funciona, según Roxin, en espacios marginados de la legalidad[29] (dictaduras, organizaciones clandestinas, mafias y otras bandas delictivas), pero esta condición tiene su nota homóloga en la red de grupos societarios, cuando se tuerce la finalidad de las sociedades y se las instrumenta para la comisión de hechos delictivos; en este marco también se produce la compaginación de la autoría mediata a través de la madeja societaria con las conductas propias de la asociación ilícita, tanto la que se conforma con las personas físicas como la que surge del acuerdo de las personas jurídicas, ya en calidad de miembros o integrantes de la organización[30].

En el plano de la política criminal, la conveniencia de introducir, en el inventario de casos de autoría mediata, el uso de los aparatos de poder resulta obvia; es un dato de la crónica diaria el efugio de las sociedades hegemónicas —las dueñas del plan—, que pretenden desplazar hacia "las sociedades de papel" —insolventes y de hombres de paja— la responsabilidad por el hecho delictivo principal que han dirigido; es sabido, también, que el aumento de impunidad corre paralelo con este pretexto. La recepción de la categoría aparece, entonces, como una respuesta a una exigencia social, tan visible aquí como en los casos de desvío del aparato estatal.

3. COAUTORÍA.

Resulta perfectamente posible la realización de un hecho delictivo mediante la coautoría de dos o más personas

[29] Roxin, ob. cit., ps. 274 y ss.

[30] No es descabellado hipotizar sobre la posibilidad de una asociación ilícita de personas jurídicas; y en el plano legislativo, parece obvio que se la debe incorporar como conducta anexa al sistema *ad hoc*.

jurídicas. La coautoría, como la autoría mediata, es una forma de autoría, pues traslada a cada una de las intervinientes el conjunto de condiciones exigidas para satisfacer esta categoría.

A) *Principios generales.*

Es obvio que la coautoría también se estructura sobre la base del dominio del hecho pero, en este caso, se trata de un dominio común, compartido. Las decisiones institucionales de dos o más sociedades acuerdan la realización de un hecho según un plan convenido, en el cual la división funcional (división de trabajo) externa es un componente esencial (no se debe confundir con la división interna: ordenación, distribución y organización examinadas antes).

La coautoría de las personas jurídicas exhibe, por consiguiente, dos elementos constitutivos: el compromiso contraído por cada una de las unidades, lo que significa el conocimiento recíproco de la actitud de la otra, y la cooperación en la ejecución de la obra en común. No resulta útil en este marco discutir la primacía de uno u otro de los dos ingredientes para determinar la presencia de la categoría puesto que, como hemos visto, la presencia de la voluntad social dolosa exige, inexorablemente, una decisión en el organismo con anterioridad a cualquier acto de ejecución; dicho de otro modo, aun cuando la actividad ejecutiva apareciera en un tramo posterior del desarrollo causal, el acuerdo para la coautoría se debe ubicar en el momento de la decisión.

Por otra parte, debe quedar en claro que la actitud de la persona jurídica no es fragmentable; la voluntad social dolosa es un producto unitario que prescinde de las voluntades individuales; no hay acuerdo de coautoría cuando éste se produce entre personas físicas de los entes; sólo se consideran las decisiones generadas por la votación o coincidencia, según sea el funcionamiento del órgano (aplicable al apoderado o representante que cuenta con las faculta-

des). La circunstancia de que esté presente el acuerdo de decisiones no importa por sí solo la existencia de la coautoría; es claramente imaginable el ejemplo de una sociedad que convenga únicamente un aporte limitado (complicidad), una colaboración en uno de los tramos del suceso, pero cabe también suponer la hipótesis de que, no obstante lo acotado del compromiso, la interviniente supere en la práctica social el perímetro de la tarea acordada mediante un aporte decisivo, en cuyo caso, no podrá desprenderse de su calidad de coautora. Aquí, como lo advertirá el lector, el principio de accesoriedad se halla directamente aludido ante la necesidad de distinguir el hecho principal del secundario.

Sí reviste importancia la formulación anteriormente analizada de que el carácter de autor requiere la posibilidad *de abandonar o desistir del hecho; esta característica* se conserva en la coautoría. La cuestión problemática —ya en el plano de la responsabilidad— aparece cuando, a pesar de la resolución de la persona jurídica de retirar su aporte, sus funcionarios o empleados se conducen conforme al plan anteriormente programado, es decir, trastruecan el área de la distribución u organización; en tal caso, la solución correcta parte de considerar el momento histórico en que se produce la ruptura del dominio del hecho del estadio alcanzado por los hechos cumplidos en la vigencia del mandato. Con independencia del exceso de los funcionarios o empleados —regidos por las reglas de participación común—, la persona jurídica mantiene la calidad de coautora del resultado producido si tales hechos han sido determinantes para la consumación; de lo contrario, su responsabilidad queda reducida al primer peldaño, es decir, al comienzo de ejecución ínsito en la toma de decisión del acuerdo originario; sin duda, son notas características del esquema que proponemos.

B) *Coautoría mixta.*

La coautoría de las personas jurídicas admite, también, la concurrencia mixta: el acuerdo entre entidades y las

personas físicas; la voluntad social dolosa en las primeras, y el dolo en estas últimas.

Como se ha señalado antes, el punto de convergencia (comunicabilidad entre sujetos agentes de la persona jurídica y sujetos) permite el encuentro de una acción institucional y de un acto personal; pero, salvado este escollo, resta determinar si resultan compatibles por su funcionamiento. Vayamos a un ejemplo: una corporación decide institucionalmente compartir con una persona física, acuerdo mediante, la realización de una actividad poluciva de productos tóxicos. La resolución de la sociedad importa ya, según nuestra posición, un comienzo de ejecución mientras que la conducta del empresario sólo traduce el carácter de acto preparatorio. Desde el punto de vista temporal, la coautoría resulta inviable, ya que en uno de los pares falta la calidad de autor, sólo alcanzable a partir de los actos iniciales de poluír si respetamos las pautas tradicionales del derecho convencional.

Sin embargo, la frustración es aparente. Si después del acto de decisión institucional que conforma el acuerdo, el empresario particular realiza junto o separadamente con funcionarios de la sociedad el volcado de sustancias tóxicas, nace la coautoría en su modalidad sucesiva, pues es posterior al momento en que comienza la acción institucional. Va de suyo que reconocida la igualdad de condiciones, la calidad de pares en la coautoría, la hipótesis debe ser acogida, lo cual no significa desconocer que en la realidad social sea siempre el particular un mero colaborador de la conducta principal de la empresa.

C) *Modalidades de la coautoría.*

Cuando concurren dos o más personas jurídicas a la realización de un delito, son dos las modalidades fundamentales[31] que interesan a nuestro esquema: *a)* una prime-

[31] Existe una tercera modalidad (Baigún y Bergel, ob. cit., ps. 194 y ss.) denominada pluriobjetiva, que queda marginada del sistema *ad hoc*:

ra en la cual, convergiendo una pluralidad de entidades, cada una de ellas realiza por sí misma la acción típica o toma parte en ella (autoría plural); *b*) una segunda, en la cual el delito es cometido por dos o más sociedades que realizan una parte de la conducta descrita en el tipo, pero ninguna la totalidad; es la llamada coautoría funcional, donde convergen la decisión en común o acuerdo de voluntades sociales dolosas y la realización en común por división del trabajo (el ámbito de distribución y organización, citado tantas veces). En el primer supuesto nos hallamos frente a la llamada autoría plural, concomitante o paralela; en el segundo, frente a la clásica coautoría.

a) Autoría paralela o concomitante.

De escasa aplicación en el derecho penal ordinario, adquiere mayor gravitación en el campo de las personas jurídicas, especialmente en el área que aquí interesa: los delitos económicos y contra el medio ambiente. La concurrencia de varios comportamientos delictivos societarios no es extraña al mercado; es el caso del desabastecimiento de un producto de primera necesidad, realizado por la acción paralela de diferentes grupos, que desemboca en la licuación ("vaciamiento") del mercado.

Como se advierte, se trata de un caso común de autoría, con la diferencia de que concurren varias sociedades a la producción del resultado; no se dan los requisitos de la coautoría pues está ausente el acuerdo entre las voluntades sociales dolosas de cada una de las personas jurídicas.

b) La coautoría.

Al igual que en el sistema clásico, la única coautoría que satisface plenamente la denominación es la funcional;

---

varias sociedades que sin voluntad social dolosa realizan comportamientos que, sumados, generan un resultado dañoso (v.gr., sociedades titulares de cupos accionarios en un banco que los succionan separadamente pero que provocan finalmente su caída).

cuando las sociedades acuerdan realizar la conducta en forma común, dividiendo la faena o ejecutándola conjuntamente, se puede afirmar que estamos en presencia de la coautoría. De frecuente aplicación en las redes o grupos societarios de la actualidad, esta categoría reproduce, en el plano dogmático, todos los problemas inherentes a la diferenciación entre coautor —el coautor es autor— y partícipe, la coexistencia de coautor y autor mediato, el nexo entre coautoría inicial y coautoría sucesiva, el comienzo de ejecución (tentativa) y la posibilidad de la coautoría por omisión.

La relevancia de esta sucesión de problemas reside, esencialmente, en la necesidad de una determinación prolija de la responsabilidad que pudiere caberle a cada entidad, en especial si tomamos en cuenta que en la sociedad moderna emergen interrelaciones inéditas entre las corporaciones que dificultan en grado superlativo la detección del papel verdadero de cada una de ellas.

Veamos, ahora, las distinciones más salientes.

I. *Coautor y partícipe.* La clave para diferenciar entre la coautoría y la participación reside en la naturaleza de la colaboración. Cuando la persona jurídica coopera con la autora es preciso considerar: *a*) los límites establecidos en la propia resolución, es decir, el alcance que le asigna a su contribución; *b*) el tipo de colaboración en el hecho delictivo: si es un apoyo determinante del resultado o si sólo se trata de una acción secundaria.

La primera condición está vinculada inescindiblemente con el problema del dominio del hecho; de la misma decisión institucional puede surgir que su voluntad social dolosa esté dirigida sólo a cooperar, sin contar con la capacidad exigida para obtener una cuota de dominio. Aquí ya estaría definido su carácter de cómplice.

La segunda condición se relaciona con la obra ejecutada; no es descartable suponer, a pesar de ese campo reducido de decisión, que los actos realizados dentro del contexto delictivo global adquieran la misma trascendencia que

los programados por la autora principal o, dicho de otro modo, la actuación de la subordinada exceda el rol que se le había asignado.

El interrogante es claro: ¿sigue siendo la entidad secundaria cómplice o debe atribuírsele la calidad de coautora? En el diseño diagramado por nosotros, sólo cabe una respuesta: si los actos de decisión son la plataforma de la que se debe partir para determinar el dominio del hecho, el comportamiento traducido en la aportación no planificada queda encapsulado dentro de los actos de colaboración; a diferencia de lo que sucede en la teoría del delito, el "tomar parte de la ejecución del hecho" debe ser valorado siempre tomando en cuenta el tramo inicial de la resolución[32].

En materia de instigación, la delimitación entre esta categoría y la calidad de autora se resuelve con parámetros similares. ¿Cuándo la persona jurídica instigadora se convierte en coautora? Si el mensaje o mandato dirigido a otra persona jurídica no va más allá de la inducción, mantiene su calidad de subordinada; sólo un compromiso asumido en la decisión institucional de ejecutar junto con la instigada trasforma la relación. Este compromiso, que en el derecho penal convencional forma parte de la proposición, en nuestro esquema modifica el nivel de análisis y lo traslada al campo de la coautoría.

II. *Coautoría y autoría mediata.* Dentro del marco teórico, la diferenciación entre coautoría y autoría mediata exhibe aristas claras, aunque no resulta tan nítida su coexistencia en algunos supuestos.

Partamos de una base: las hipótesis del derecho convencional son trasladables: *a*) varias personas jurídicas —coautoría— se valen de una sola que actúa como instrumento; *b*) cada una de las coautoras utiliza un instrumento

[32] Es obvio que si el colaborador es una persona física rigen las reglas del derecho penal convencional. En el interrogante planteado, el cómplice se trasforma en coautor.

diferente, uno solo o un conjunto. Obviamente, cada una de estas modalidades puede estar conectada con otras formas de colaboración (instigación, complicidad), pero el aspecto es ajeno al objetivo concreto de este apartado.

Los conflictos relevantes aparecen en la red de sociedades cuando son varias las coautoras y múltiples las comunicaciones recibidas por la o las que protagonizan el papel de instrumento. Si los mensajes son contradictorios —con independencia de que quede en duda la presencia de la autoría mediata por la idoneidad de la orden—, es evidente que esta situación resquebraja la coautoría porque la disimilitud de la orden demuestra que ha fracasado la decisión institucional acordada por los titulares del dominio del hecho.

Sin embargo, la calificación de coautoría se debe mantener, puesto que, como hemos insistido tantas veces, es el acuerdo de las decisiones institucionales, el talón aquiliano de esta categoría. En todo caso, la escisión queda planteada en el plano de las responsabilidades: la sociedad autora que ha tenido éxito en su propuesta es coautora plena; la que ha sido frustrada, coautora en grado de tentativa.

El ejemplo suministrado, imaginable en la práctica social, acarrea sus consecuencias en el ámbito teórico; prueba, en primer lugar, que la recepción de la autoría mediata con la concurrencia múltiple de entidades coautoras y de intermediarias requiere la homogeneidad de los mandatos que posibilitan el resultado; en segundo término, que la cohabitación de la coautoría y autoría mediata, no obstante su diferenciación conceptual, no siempre es pacífica.

III. *Coautoría inicial y coautoría sucesiva.* El acuerdo de las decisiones institucionales puede producirse desde un comienzo (el llamado complot, en el derecho convencional) o tener lugar durante el desarrollo del acontecimiento o aun después, siempre que no esté agotada la conducta típica (coautoría sucesiva). La inicial ya ha sido objeto de tratamiento en el parágrafo *b* de este capítulo; la sucesiva será examinada a seguidas.

La coautoría sucesiva no exhibe notas distintivas cuando se trata de personas jurídicas. Si una sociedad decide montarse, acuerdo mediante, en una acción de otra que ya está realizando el tipo delictivo, asume el mismo papel que la primera; verbigracia, cuando a un acto de polución resuelto y ejecutado por una empresa se agrega una actividad similar de una segunda. Si el acuerdo está ausente, el hecho debe ser calificado, según el cuadro taxonómico tradicional, como coautoría paralela, es decir, dos autorías autónomas.

Casi es innecesario agregar que los principios de la autoría funcional siguen vigentes en la coautoría sucesiva; el aporte de la segunda empresa se puede insertar en cualquier eslabón de la cadena, obviamente hasta la consumación. Trascurrido el tramo de ordenación (decisión institucional) de la empresa iniciadora, tanto se puede concretar en el período de distribución como en el de organización; y es que el acuerdo significa, por su propio contenido, el acto de ratificación requerido para la coautoría; lo que importa es la aprobación de la medida y no la coincidencia en el tiempo. El dato nuevo en esta construcción reside, en puridad, en que si la segunda empresa —para seguir con el ejemplo dado— no va más allá de la decisión a pesar del compromiso contraído, la coautoría se ve reducida a la tentativa, a diferencia de lo que enseña la teoría del delito, en la cual la proposición quedaría marginada del sistema penal.

Por último, conviene subrayar que la sucesividad, que por definición expresa una relación hacia el futuro, no se corresponde necesariamente con la sucesividad existente en la creación de sociedades programadas para el hecho delictivo; en el conglomerado de grupos societarios, no es descartable la hipótesis de que algunas de las entidades de la red nacidas con posterioridad a la creación de la sociedad motora recurran al acuerdo delictivo y dirijan su acción hacia arriba y hacia abajo con la finalidad de generar constelaciones similares; está claro, entonces, que el "dato" temporal rige sólo con referencia al suceso delictivo.

IV. *Coautoría y tentativa.* Ya hemos afirmado que la decisión institucional traduce la realización del tipo en grado de tentativa; para que se trasforme en coautoría basta, por consiguiente, el acuerdo de dos o más personas jurídicas, sin esperar la iniciación de algún acto de ejecución por parte de alguna de ellas; naturalmente, el convenio debe reflejar la distribución de funciones de modo tal que ello signifique compartir el dominio del hecho; una asignación de funciones sin este requisito puede derivar en colaboración, pero no alcanza el podio de la coautoría.

En el campo de los delitos económicos son visibles los ejemplos; es frecuente el acuerdo de dos o más corporaciones dirigido a manipular el mercado, sea para determinar la sobrevaluación de un producto, para provocar su desaparición o desterrarlo temporal o definitivamente de la competencia, acciones convenidas que muchas veces no se trasladan a la ejecución por factores externos, ajenos a la voluntad social dolosa de las empresas.

El problema cobra interés dogmático en estas situaciones por la dificultad de establecer prolijamente el límite entre tentativa y consumación porque, como se ha visto, en ciertas coyunturas el mismo cuadro registra impactos diferentes en el bien jurídico: resultado en algunos casos y, en otros, sólo tentativa.

V. *Coautoría y omisión.* Cabe concebir la coautoría en los delitos de omisión; en primer lugar, cuando coexisten una acción institucional dolosa, realizada por una persona jurídica que después de la resolución la lleva a la práctica mediante la realización, y otra que, no obstante su obligación de impedirla, se abstiene totalmente; en segundo término, cuando dos decisiones institucionales de diferentes sociedades, unidas por el deber común de actuar, optan en conjunto por la inacción (para los dos casos vale el ejemplo tan repetido de dos empresas responsables de mantener el cuidado de una región libre de la polución).

En la doctrina tradicional del derecho penal, el primer caso es resuelto, en general, asignándole al segundo inter-

viniente la calidad de colaborador (cómplice) partiendo del hecho habitual de que se encuentra en una situación subordinada[33]. Sin embargo, no nos parece que el criterio deba ser trasladado a la esfera de las personas jurídicas; no es improbable que la entidad omitente posea el dominio del hecho, pero también, con la misma paridad estadística, resulta factible la equivalencia de poderes. Lo lógico es definir la presencia de una u otra categoría a partir de la focalización del dominio funcional del hecho.

La segunda hipótesis exhibe una respuesta coincidente en la teoría del delito; la única discusión destacable, en este terreno, gira en torno de la necesidad del conocimiento recíproco de los deberes, pues el papel de garante supone ya la existencia de esta condición. Esta polémica carece de andadura en nuestro esquema; el asumir conjuntamente una obligación encierra, en sí misma, el conocimiento de la información construída en cada una de las protagonistas (es el ejemplo que surge de una omisión tributaria de un grupo de sociedades que contrajeron el compromiso de cumplir con sus obligaciones como grupo); naturalmente, la solución exhibe otras variantes si está ausente la paridad potestativa de las entidades que tomaron el compromiso; constituye un problema común de la coautoría.

4. LA PARTICIPACIÓN ESTRICTA.

En un apartado anterior (principio de accesoriedad), hemos anticipado el eje de esta temática: la necesidad de determinar el hecho principal como punto de partida para la focalización de las dos formas de participación estricta, es decir, la instigación y la complicidad.

Resta ahora el examen de las relaciones genuinas entre los términos que conforman las dos categorías. El circuito conceptual de cada una de ellas interesa por su conexión

[33] Por todos, Jescheck, ob. cit., p. 621.

con el campo de la punibilidad, en especial ante la exigencia de asegurar adecuadamente la pena o medida de seguridad que le corresponde a la persona jurídica por su responsabilidad social.

Pero, al margen de esta fundamentación —que en verdad es común a las modalidades de la autoría—, resulta imprescindible saber, en cada caso, cómo juegan las relaciones entre los sujetos decisivos de cada una de las categorías, cuál es el medio trasmisor y qué requisitos se deben satisfacer para poder afirmar que hay instigación o complicidad.

A) *Instigación.*

Se define en términos parecidos a los que rigen en la teoría del delito: cuando una persona jurídica determina a otra —ambas actúan con voluntad social dolosa— para que esta última realice un hecho delictivo; aquí también es válida la fórmula mixta: el instigador o instigado puede ser una persona física, en cuyo caso es obvio que obra con el dolo necesario.

a) En la vida de los grupos societarios, sobre todo en las redes y combinaciones de las empresas trasnacionales, es frecuente que la entidad matriz —la que gobierna el contexto— o la sociedad monitora constituída para la dirección del plan (sociedad de sociedades) ordene a otra realizar una acción institucional delictiva. Si la entidad que da la orden no coparticipa de la decisión que tomó la entidad que la recibe, es decir, que ésta cuenta con un ámbito de decisión propio, se puede afirmar la clara existencia de una instigación. Muchas veces, el acto institucional de la instigadora no aparece nítidamente; no se advierte si se trata de un acuerdo con la finalidad de movilizar todo el plan o sólo se reduce a instrumentar el mensaje; en tal caso, la circunstancia de codirigir la resolución de la receptora es esencial para distinguir la instigación de la coautoría.

b) ¿Cómo se trasmite el mandato y qué características exhibe? La desemejanza con lo que enseña la teoría del delito es aquí evidente; no cuentan ahora la relación psíquica, los ruegos, la pregunta inducida, el deseo y otros medios persuasivos que quedan marginados del mensaje; sólo importan las expresiones objetivas dirigidas por medio de notas, comunicaciones u otros recursos parecidos, realizados en forma directa o mediata (en cadena)[34]; no es descartable, como se ha visto en la autoría mediata, la utilización de vías paralelas e, inclusive, complementarias; lo que importa, en síntesis, es la existencia de una directiva idónea, con capacidad para generar en la receptora la elaboración de una decisión institucional dolosa.

c) La instigación, en el marco de nuestro esquema, también requiere que el mandato abarque las notas del hecho principal, aunque, naturalmente, puede incluír los denominados elementos secundarios. Por lo examinado hasta aquí, se colige que no es indispensable una referencia de la voluntad social dolosa del instigador al resultado; es suficiente que alcance la configuración del acto de decisión institucional de la instigada.

Consecuencia obligada de esta reflexión es nuestro aserto de que no resulta imprescindible requerir, en el mandato, la presencia de las modalidades de ejecución, las circunstancias de tiempo y lugar y otras particularidades del hecho que son objeto de polémica en el derecho penal convencional; repitiendo la respuesta del parágrafo anterior, basta con que figure el hecho principal en la resolución adoptada. Es condición insoslayable, en cambio, que ella surja como corolario del mandato, que no preexista, pues, en tal supuesto, habría que evaluar la posibilidad de una tentativa inidónea de la titular del mensaje y una consideración autónoma de la conducta de la sociedad que lo acoge.

[34] Para las modalidades de la conducta individual, ver Jescheck, ob. cit., p. 626.

d) El trasplante de la teoría de la accesoriedad limitada implica sostener que el hecho de la persona jurídica (autora-receptora) debe ser típico y antijurídico; no hay instigación si no existe un injusto institucional doloso[35].

De acuerdo con esta formulación, sólo cuando la persona jurídica obra con un error inevitable de tipo[36], la entidad actora de la instigación quedaría impune; en nuestro diseño, esta solución se halla limitada a los casos en que el yerro genera una acción institucional —seguida o no de una actividad posterior de ejecución—, voluntad social dolosa. Aun reconociendo que se trata de un ejemplo de escuela[37], no podemos ocultar que una opción distinta contradiría la vigencia del principio de accesoriedad que sirve de fundamento para construír la participación.

e) No es idéntica la solución cuando la persona jurídica (instigada) se ve favorecida por un factor impediente de la responsabilidad social. Si la instigada actúa conforme a derecho —no acata el mensaje— o si resulta exenta de punición por la existencia de un factor obstruyente, el comportamiento de la instigadora no queda marginado del sistema *ad hoc*. Al igual que lo que sucede con las causas de inculpabilidad en la instigación ordinaria, la desaparición de la responsabilidad social no opera sobre la imputación a la sociedad que adopta la decisión de inducir[38].

B) *Complicidad.*

Cuando la persona jurídica presta auxilio con voluntad social dolosa a otra entidad que actúa como autora

[35] David Baigún, *La categoría responsabilidad social...*, cit., "Revista Brasileira de Ciencias Criminais", p. 303.

[36] Ídem, ps. 317 y ss.

[37] Los casos más frecuentes de la realidad no se vinculan con esta situación, sino con el error de prohibición; como sabemos, inadmisible en nuestro esquema.

[38] El porqué de la diferenciación de efectos entre el caso de error de tipo inevitable y el de la presencia de un factor impediente responde

—también con igual calidad de voluntad—, se puede afirmar que existe complicidad. Los términos de la relación son los establecidos entre la autora y la sociedad que presta colaboración, aunque ésta, a diferencia de lo que ocurre en la instigación, desconozca a quién le da el apoyo; es visible, por lo tanto, que el dominio del hecho en una entidad y la contribución en la otra son las características esenciales de la conexión.

a) La prestación de ayuda admite multiplicidad de formas; es imposible preverlas. Lo que sí cabe sostener es que el aporte debe ser un hecho objetivo, cualquiera sea el momento en que se concreta, desde la resolución de intervenir hasta los actos variados de ejecución, teniendo presente, naturalmente, que la trayectoria finaliza con la consumación.

b) El ámbito temporal de la complicidad no se analiza sólo desde el punto de vista de la colaboración; hay que contemplar también el itinerario de la acción institucional de la autora; la cuestión discutible en nuestro esquema aflora cuando la ayuda se despliega alrededor de un acto preparatorio.

Como hemos examinado páginas antes, los actos preparatorios dirigidos a la elaboración de la decisión institucional son impunes; pertenecen al tramo anterior del comienzo de ejecución. Mal podríamos asignarles una naturaleza distinta de los actos de contribución en esa instancia, cuando son de menor trascendencia (sólo de apoyo) que los actos previos de los directivos. La solución correcta es la que apunta al momento de la decisión institucional, primer eslabón válido para la inserción de la ayuda.

c) En el derecho penal tradicional es suficiente que la acción realizadora del tipo haya sido facilitada por el auxi-

---

no sólo a la aplicación de la accesoriedad limitada seguida por el esquema *ad hoc*, sino también a una razón de política criminal: la valoración de acciones de emprendimiento que son en sí mismas más riesgosas.

liar o cómplice[39]; pero esta exigencia mínima demanda siempre la existencia de una relación de causalidad, complementada a veces por la imputación objetiva. En nuestro diseño rige la misma condición; sólo debemos atenernos a la naturaleza específica de la acción institucional, en este caso, de la entidad que colabora. En el ejemplo usado antes, si una empresa decide contribuír con su aporte a la realización de una acción monopólica de otra gran corporación que aprovecha su posición de dominio, la contribuyente debe efectivizar algún acto que favorezca el resultado (igual que en la teoría del delito); pero la ecuación es diferente cuando la única actuación de la auxiliadora consiste en tomar la decisión de ayuda sin realizar posteriormente otra actividad. ¿Cómo se resuelve el conflicto?

Conforme a nuestra posición, en el terreno de la autoría, los actos de decisión configuran ya el comienzo de ejecución; coherente con esta formulación, la acción de la contribuyente alcanzaría el grado de tentativa, lo cual equivale a sostener la posibilidad de una tentativa en la complicidad. Declararla impune significaría quebrar la estructura unitaria del esquema al diferenciar tentativa del hecho principal y tentativa del acto de colaboración, asignándole sólo a la primera la potencialidad necesaria para la lesión del bien jurídico protegido.

d) Cuestión íntimamente vinculada con la exigencia de la relación causal es la cualidad del aporte; esta circunstancia obra como un péndulo que va de la cooperación necesaria —imprescindible para arribar al resultado— a la no necesaria (el hecho igualmente hubiera podido realizarse); el ejemplo del acto limitado a la decisión de ayudar (punto *c*) sirve para demostrar que la denominada complicidad secundaria tiene vigencia en nuestro esquema; consecuentemente, la división entre primaria (necesaria) y secundaria se debe mantener.

[39] Jescheck, ob. cit., p. 632.

e) Es obvio que la sociedad cooperante debe actuar con voluntad social dolosa; no es imaginable una contribución con decisión institucional negligente (culposa) porque todo acto de colaboración debe estar dirigido al resultado del hecho principal, situación que no se produce cuando el objetivo de la sociedad sólo está limitado a la violación de las reglas de cuidado; por consiguiente, la acción institucional culposa queda desprendida del tronco delictivo central y debe ser valorada en forma autónoma.

La voluntad social dolosa es unitaria; no resultaría pertinente aquí introducir la doctrina del doble dolo —dolo para el hecho principal y dolo para el favorecimiento— porque, como ya sabemos, la decisión institucional no admite carriles psíquicos; emerge como un producto objetivo homogéneo. Tampoco sería admisible hablar de dos miras: la dirigida al acto de cooperación y la orientada hacia el hecho principal, porque la existencia de la primera supone ínsitamente la segunda. ¿Qué sociedad puede planificar una intervención de ayuda sin examinar al mismo tiempo el suceso para el cual la brinda?

f) Del mismo modo que en las restantes formas de colaboración, cómplice de una persona jurídica puede ser también una persona física (o viceversa); sólo cabe traspolar las reglas de la participación con la aclaración casi innecesaria de que los dos ámbitos —derecho penal convencional y sistema *ad hoc*— imponen sus pautas en la solución de los problemas que se plantean en esta área. Así, cuando el cómplice es una persona física, la multiplicidad de las formas de ayuda debe ser analizada a partir del sujeto humano —aporte objetivo y subjetivo— (punto *a* de este apartado) igual que el ámbito temporal (punto *b*), la relación de causalidad (punto *c*), la cualidad del aporte (punto *d*) o el dolo (punto *e*). La asincronía sólo se produce en la esfera de las penas y medidas de seguridad, porque resulta imposible cumplir la conocida regla de que la conminación penal del partícipe (cómplice, en este caso) se determina en grado de atenuación según la sanción prevista para el autor;

si la persona jurídica es la autora, sometida a un régimen diferente, la regla no tiene acogida.

No obstante este cuadro, la contraposición es, en verdad, aparente. La sanción del cómplice (ser humano) puede ser disminuída en función de la pena que le correspondería a una persona física por la realización del tipo que está en juego; un referente que, si bien no tiene realidad en el caso, sirve como punto de apoyo para la dimensión punitiva. No nos debe impactar la solución porque, en el sistema penal convencional, la valoración de la conducta del cómplice no pocas veces se hace sin contar con la presencia concreta del autor.

g) La complicidad por omisión ingresa en nuestro esquema sin grandes esfuerzos; cabe concebirla cuando la sociedad que contribuye exhibe el papel de garante. En el ejemplo dado ya varias veces, si la persona jurídica, subcontratada para colaborar con la principal en la salvaguardia de una zona determinada, mantiene su inercia adhiriendo a la inacción de la empresa obligada, realiza, sin duda, una contribución y no un comportamiento autónomo, porque su deber de garante está subordinado al deber de la entidad principal; carece del dominio del hecho, que sigue en cabeza de la titular.

5. EXCURSO: EL ACTUANTE EN LUGAR DE OTRO.

Fuera del cuadro normal de la autoría (derecho penal convencional), ha ganado terreno durante la última década una nueva modalidad, conocida con la fórmula del actuante en lugar de otro; es un perfil diferenciado de la autoría tradicional incorporado ya en algunas legislaciones europeas (v.gr., parágr. 14, Código Penal alemán; art. 12 del Código portugués; art. 31 del Código español) y, también en ciertas disposiciones especiales de nuestro país[40].

[40] En un reciente anteproyecto del Ministerio de Justicia (1999) se recoge una fórmula amplia del actor en lugar de otro: "Art. 37. — El que

En la literatura especializada, la mayoría de los autores consideran que la finalidad de esta categoría es cubrir una laguna de punibilidad en aquellos casos en que resulta insatisfactorio dejar impune a aquel que ha ejecutado la totalidad de la acción típica, no para sí mismo, sino para un tercero, que jurídica y penalmente es inalcanzable[41]. Son los casos supuestos en que se produce una "dispersión personal de los elementos del tipo en su ejecución, pues la totalidad de los mismos concurre en dos personas que están imbricadas de tal forma que se reparten entre las dos, de modo parcial e incomunicable"[42]. Traducido al ejemplo repetido de la bibliografía alemana —el delito de frustración por un embargo—, el apoderado o gerente como órgano representante, o el propio órgano, carecen de las calidades típicas porque no son deudores ni ocultan o enajenan parte de "su" patrimonio ni tienen la intención de defraudar a "sus" acreedores, no obstante lo cual, al realizarse la venta del bien que pertenece a la sociedad y frustar el embargo, los acreedores se quedan sin la garantía real que respaldaba sus acreencias. Del otro lado, la sociedad propietaria del bien, que no intervino en la decisión de vender, carece también de los recaudos típicos, puesto que en el sistema penal alemán la persona jurídica no puede ser

---

actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro u otros, o el que asumiere funciones correspondientes al sujeto o entidad en cuyo nombre o beneficio actuare, responderá personalmente por el hecho punible aunque no concurran en él las calidades típicas para determinar la autoría, si tales características corresponden a la entidad o personas en cuyo nombre o representación obrare.

"Esta disposición se aplicará también a la persona que revista la calidad de encargado de un establecimiento o empresa, o del cumplimiento de determinadas obligaciones de su titular y al que, sin actuar con mandato alguno, realice el hecho en interés del titular".

[41] Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro*, ob. cit., donde reproduce la definición de Bochmann (*Teilnahme und Handeln für einen anderen*), Diss., Bonn, 1963, p. 12).

[42] Ídem, p. 41.

responsabilizada criminalmente aunque sea deudora, tenga acreedores, esté amenazada por el embargo y sea la titular del patrimonio ocultado[43].

Como se advierte, la cláusula del actuar en lugar de otro viene a suplir, en este caso, una laguna de punibilidad, al componer en un solo haz los elementos provenientes de los dos protagonistas del escenario: el apoderado o gerente, de una parte y, de la otra, la persona jurídica.

En el análisis de nuestro esquema, lo que importa es determinar la posibilidad de trasladar la cláusula mencionada cuando la asincronía se produce entre dos personas jurídicas o, hipotéticamente, entre una persona jurídica (la que actúa) y un particular (el representado); es el ejemplo de una sociedad dirigente de otra u otras que, contando con facultades limitadas en el mandato, realiza, excediendo las conferidas, un comportamiento delictivo en provecho de la entidad o entidades representadas. Como se ve, no existe inconveniente alguno en responder afirmativamente al traslado, no sólo porque dogmáticamente es clara su construcción, sino porque, además, resulta un instrumento de innegable utilidad para obturar las frecuentes maniobras que se observan en el campo económico, especialmente en materia financiera (la ingenua invocación de la sociedad administradora que afirma desconocer la situación de su representada).

[43] Ídem, p. 17.

Capítulo VII

CONCURSO: UNIDAD Y PLURALIDAD

En la práctica social, los comportamientos de las personas jurídicas aparecen confundidos con los de las personas físicas; las pautas para diferenciarlos ya han sido tratadas. Lo que interesa, en el comienzo de este capítulo, es aclarar que la llamada teoría del concurso en el área de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo examina la concurrencia de acciones institucionales; si el episodio encierra, al mismo tiempo, conductas de hurto, lesiones u otras del derecho penal convencional, las relaciones entre éstas, respecto del concurso, se rigen por las reglas del derecho tradicional.

Una segunda aclaración importante corresponde a la diferenciación técnica entre decisión institucional y acción institucional, aunque a lo largo del texto se las considere sinónimas. Hemos señalado que el concepto de acción institucional es el equivalente del de acción, usado por la teoría del delito; la teoría del concurso se ha estructurado sobre la base del concepto de acción, de la diferenciación entre unidad y pluralidad de acciones. Parece conveniente, pues, al tratar el problema en el esquema *ad hoc*, mantener esta acepción a fin de evitar equívocos; ello acarrea necesariamente la obligación de diferenciarla —punto de vista intersistemático— del concepto de decisión, que hemos utilizado como sinónimo.

1. Unidad de acción institucional.

La decisión puede abarcar una o varias acciones, considerar una o más omisiones, inclusive, contemplar una

conducta culposa; cada uno de estos segmentos actúa, entonces, como una parte, como un sector de la decisión.

Así como la decisión institucional puede abarcar varias acciones, una acción puede comprender una o más actividades, es decir, reducirse a un quehacer específico o proponer un catálogo más amplio. Esta circunstancia objetiva, sin embargo, no es suficiente para ensayar la unificación; si existe pluralidad de componentes, externamente separables (Jescheck), la unidad de acción está presente cuando los diversos actos parciales responden a una sola voluntad social; en los delitos con voluntad social dolosa es preciso que las diversas actividades estén sobredeterminadas por un objetivo, la meta fijada o, dicho de otro modo, el sentido del proyecto. Para entenderlo con un ejemplo: si una empresa decide una fumigación con productos tóxicos y en la programación resuelve la compra de un avión, la elaboración de los productos necesarios y el empleo de determinado personal, cada uno de estos fragmentos debe estar ligado con el plan dentro de un contexto de espacio y tiempo determinados.

Un concepto de unidad de acción así planteado requiere ciertas complementaciones. En primer lugar, queda excluída aquí la consideración de los diversos resultados que se puedan generar como consecuencia de la unidad de acción —salvo, como veremos más adelante, que el orden regulador de los tipos penales disponga otra solución—. En el ejemplo anterior, si la fumigación, además de la vegetación, lesiona las aguas de la región, este segundo resultado no altera el concepto de unidad. A la inversa, congruentemente con este punto de vista, la existencia de un resultado único producido por varias acciones da lugar a la presencia de otros tantos delitos si las acciones independientes provienen de diferentes planes con voluntad social dolosa autónoma.

En segundo término, el hecho de que la unidad de acción constituya el elemento decisivo para construír una teoría del concurso no significa que sea el excluyente; si

ontológicamente se puede captar la unidad de la acción institucional, ello no basta a la hora de la apreciación normativa. Como ocurre en la teoría de delito convencional, es el orden regulador de los tipos el que contribuye al dictamen final[1], el que da su última palabra; es obvio que la valoración se atiene, en general, al acontecer social de la realidad, pero en no pocas ocasiones una sola acción se desplaza hasta alcanzar más de un tipo penal, o varias quedan encorsetadas en una sola unidad delictiva.

Si bien es cierto que en la teoría del delito convencional existen otros criterios para resolver la problemática del concurso —consideración del número de resultados o sólo de los tipos en examen—, nosotros hemos preferido, en el esquema *ad hoc*, la teoría de los dos niveles (unidad-pluralidad de acciones y orden regulador de los tipos) por razones que no escaparán al lector. La primera, por la textura de la acción institucional; la segunda, por el alto voltaje que tensiona el proceso interno de formación del comportamiento —recordemos, por ejemplo, la inadmisibilidad del error de prohibición—, que epiloga la acción institucional. Ambos componentes son de inocultable valor al momento de determinar la pena que, a semejanza de lo que ocurre en la teoría tradicional, constituye la razón de ser del concurso. Debe quedar en claro que dar prioridad a la acción sobre el resultado no significa desconocer la presencia de este factor en el acto de determinación de la pena; es obvio que ingresa en la balanza en virtud del orden regulador de los tipos penales, es decir, de la consideración normativa.

¿Qué ocurre cuando se trata de delitos de omisión o de actuación institucional negligente? El cuadro registra pinceladas parecidas. Cuando la resolución de omitir provoca diversas consecuencias, se rescata la unidad si la inacción de la persona jurídica responde a un plan diseñado, aunque ello comporte una diversidad de actitudes (v.gr., una

[1] Lo que Welzel denomina "enjuiciamiento jurídico penal", ob. cit., ps. 308 y 309.

evasión tributaria —dependiente de la misma obligación— realizada en distintos tiempos); habrá, por el contrario, pluralidad de omisiones, no obstante la contemporaneidad de la voluntad social, si la evasión apunta a diferentes rubros tributarios, abordados por la persona jurídica (circuitación de la voluntad) en forma individualizada.

En los delitos de actuación social negligente, la unidad de acción sólo se puede visibilizar en el área de la violación de cuidado; una múltiple violación de las reglas de cuidado puede ser aprehendida como unidad de acción institucional con la condición de que sea acordada en un sólo acto, en un único momento histórico. A diferencia de lo que sucede en el campo de los delitos con voluntad social dolosa (comisivo u omisivo), aquí el concepto de unidad de acción carece de relevancia para la teoría del concurso, pues el comportamiento culposo requiere inexorablemente, para satisfacer esta categoría, la producción de un resultado, y el resultado, como ya advertimos, es un componente del enjuiciamiento jurídico-penal, el denominado orden regulador de los tipos, y no un factor ontológico que integra el marco teórico de la concurrencia.

2. CUADRO SISTEMÁTICO EN LA TEORÍA DEL CONCURSO.

Conforme a lo que hemos denominado teoría de los dos niveles (unidad-pluralidad de acciones y orden regulador de los tipos o leyes), es posible diseñar cuatro supuestos en la esfera del concurso[2].

A) La presencia de una unidad de acción institucional que afecta más de un tipo penal (concurso ideal o concurrencia de tipos y una sola acción).

B) El mismo cuadro que en la formulación anterior, pero donde la concurrencia de tipos es solo aparente (concurso

[2] Con las obvias diferencias, este esquema sigue los lineamientos propuestos por Zaffaroni, *Tratado...*, ob. cit., t. IV, ps. 516 y 517.

aparente de leyes), pues se resuelve por una de las opciones; se trata, sin duda, de un conflicto de interpretación[3], pero no se debe olvidar que, para su solución, es imprescindible confrontar tipos penales.

C) La presencia de varias acciones institucionales, realizadas por la misma persona jurídica o un grupo (concurso real).

D) Idéntica situación que la descrita en el párrafo anterior, pero donde la pluralidad de acciones institucionales es subsumida en un solo tipo penal porque se trata de acciones similares, homogéneas y lesionantes de un mismo bien jurídico (delito continuado).

Abordemos el examen por separado.

A) *Concurso ideal.*

La clásica fórmula del concurso ideal "unidad de acción con pluralidad de tipos"[4] o la lesión, "mediante una sola acción, de varias leyes penales o de una sola varias veces"[5] es aplicable, en principio, al esquema *ad hoc*. Decimos en principio, porque el segundo supuesto —afectación de una misma ley varias veces— es casi inimaginable en los delitos económicos y contra el medio ambiente (concurso ideal homogéneo).

En la esfera de imputación a las personas jurídicas, el caso más frecuente es el definido como concurso ideal heteregéneo, o sea, la posibilidad de que una sola acción institucional sea captada por dos o más tipos penales, pertenezcan al ámbito de un solo bien jurídico o de varios, verbigracia, el acto de contaminación que opera sobre las aguas y la atmósfera de una región[6] o la destrucción ma-

[3] Criterio de Jiménez de Asúa, *Tratado...*, ob. cit., t. II, ps. 535 y ss.

[4] Maurach, ob. cit., t. II, p. 415.

[5] Jescheck, ob. cit., p. 657.

[6] Obviamente se parte aquí de la existencia de tipos penales diferentes cuando lesionan estos dos objetos.

siva de determinados productos que repercute sobre el abastecimiento y, al mismo tiempo, integra las maniobras monopólicas. Con estos ejemplos se advierte claramente que la unidad de acción es insuficiente para valorar la dimensión del injusto, y que sólo el orden regulador de los tipos permite un correcto enjuiciamiento de la situación.

No resulta simple, en cambio, aunque teóricamente posible, trasladar al campo de las personas jurídicas el denominado concurso ideal homogéneo. La lesión varias veces producida de una misma ley penal, por efecto de una única acción institucional, sólo parece imaginable si el modelo legal prescinde de la diversidad de objetos y se atiene a la calidad del bien jurídico; en el ejemplo suministrado anteriormente, cuando el tipo penal de la contaminación se estructura unitariamente partiendo de la mera afectación del medio ambiente. Aquí se refleja con toda nitidez que las clasificaciones del concurso ideal no dependen, en rigor, de un enfoque teórico sino de la valoración jurídico-penal construída a partir de una legislación determinada.

El interrogante de cuándo existe concurrencia de varios tipos o, en puridad, se está en presencia de uno solo, plantea la cuestión más conflictiva del concurso ideal. Se trata de hallar un criterio que permita decidir la relación entre los tipos penales que confluyen, saber si tienen identidad propia o si son absorbidos o desplazados por otros, en cuyo caso la cuestión se trasforma en un problema del concurso aparente.

En el derecho tradicional no existe coincidencia en cuanto a las reglas o pautas que escinden concurso ideal y concurso aparente; seguramente los diferentes criterios acerca de la relevancia del acto o del resultado han generado los desacuerdos[7]. En el sistema *ad hoc* hemos preferido establecer, para evitar el estallido de soluciones, un código interno que actúe como presupuesto previo antes que proclamar la distinción. Este código interno acude, en primer

[7] Zaffaroni, *Tratado...*, cit., t. IV, ps. 554 y ss.

lugar, a la clase o calidad de la acción institucional —defraudación tributaria, fraude de subvenciones, etc.—, al modo o forma de operar de la acción (v.gr., cantidad de personal propio y extraño) y al resultado —conectado con la valoración del bien jurídico— que, como hemos anticipado, juega su papel como integrante del tipo. Sobre la base de estos tres elementos se debe determinar la coincidencia de ellos en dos tipos diferentes si el sector parcial de conducta de uno de ellos carece del carácter de necesariedad para la realización del otro, en cuyo caso, la interpretación debe decidirse por la aplicación del concurso ideal. Al contrario, si el sector parcial resulta imprescindible —se necesitan recíprocamente—, es la aplicación del concurso aparente el criterio que priva cuando, en tanto un tipo penal se sacrifica, cobra plena vigencia el otro[8].

Introducido así el concurso aparente, vayamos a su explicación.

B) *Concurso aparente de leyes.*

Hemos anticipado que no se trata, en verdad, de una modalidad del concurso; aunque su ubicación certera es el campo de la interpretación de las leyes, aquí se lo debe analizar por la simple razón de que la opción final se apoya siempre en la confrontación de tipos concurrentes; aun en un segundo plano, son siempre protagonistas obligados (de aquí su nombre concurso impropio).

La recepción del concurso aparente en el área de las personas jurídicas parece obvia: es la necesidad de determinar prolijamente la dimensión del injusto institucional, soporte claro de la evaluación de responsabilidad social, que actúa, a la vez, como plataforma de la mensuración de las consecuencias jurídicas. Es cierto que en nuestro diseño los tipos penales en juego son acotados —orden económico y

[8] Baigún-Bergel, ob. cit., p. 199.

medio ambiente—, pero ello no modifica la naturaleza de la relación que se establece entre las leyes.

Por otra parte, existe una evidente similitud en la metodología que se usa para realizar el cotejo; tanto en la teoría del delito como en este esquema *ad hoc*, es el contenido del tipo objetivo el que determina la elección de la ley que rige el caso. De este modo, queda abierto el camino para adoptar el mismo cuadro clasificatorio que se ensaya en la teoría del delito en cuanto a la forma de seleccionar el tipo penal aplicable. Existen, como se sabe, reglas o principios[9] que permiten resolver el aparente conflicto, los cuales atienden más a cuestiones lógicas que a razones dogmáticas y cuyo número varía según sea la doctrina escogida.

Veamos nuestra propuesta.

a) La regla de la especialidad.

La disposición conocida como *lex specialis derogat generalis* es perfectamente trasladable a nuestro esquema. Como lo señala acertadamente Jiménez de Asúa[10], dos o más leyes se hallan "en relación de general y especial cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que figuran además otras condiciones cualificativas", a partir de lo cual la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. No interesa si el tipo que aprehende registra una pena mayor o si ésta se halla atenuada; lo que importa es el desplazamiento de la categoría genérica por la específica.

En los delitos contra el medio ambiente, la situación puede darse cuando en un tipo penal se diseña un comportamiento genérico (por ejemplo: la contaminación) y en otro, que repite el mismo contenido, se circunscribe la conducta al uso de un producto determinado (contaminación

[9] Así las considera Jiménez de Asúa, *Tratado...*, t. II, p. 538.
[10] Ídem, p. 546.

mediante el empleo de productos tóxicos). Este marco teórico es válido también cuando el supuesto de hecho básico abarca dos tipos penales en lugar de uno; la nota diferenciada reside sólo en que la ley especial desplaza los dos, prescindiendo del nexo homogéneo entre tipo básico y tipo calificado.

b) La regla de consunción.

En la doctrina tradicional, la relación de consunción surge cuando el contenido de un tipo contempla dentro de su perímetro todo el contenido de otro tipo ya modelado, pero de menor gravedad; en el territorio de las personas jurídicas, la regla tiene idéntica aplicación. Es el ejemplo que brinda el delito de daño cuando absorbe el de peligro del mismo sector, la consumación cuando incluye la tentativa.

Si bien es exacto que la regla de consunción registra un estrecho parentesco con la de especialidad, no son coincidentes. En esta última, la relación no atiende necesariamente a la gravedad de los comportamientos en tanto que en la primera esta condición es insoslayable, pues se trata del desarrollo causal de una acción de idéntico perfil material, del mismo blasón, que refleja en cada paso ascendente una mayor cantidad de injusto.

Como se advierte, la fórmula utilizada en el sistema *ad hoc* no se aparta de la teoría clásica; donde la distinción se hace visible es en la consideración de los llamados actos posteriores o copenados, que, como es conocido, corresponden a las actividades siguientes a la consumación (el clásico ejemplo de la venta del producto del hurto). En la doctrina penal, las posiciones dominantes oscilan entre la absorción por la consunción y la no punición por la existencia de una causa personal de exención de la pena[11], en la ausencia de lesión al bien jurídico; en nuestro esquema, los

[11] Por todos, Zaffaroni, *Tratado...*, t. IV, ps. 561 y 562.

denominados actos posteriores deben ser examinados como una modalidad autónoma por el riesgo que acarrea la acción institucional de las corporaciones; pensemos, por ejemplo, en el caso de una empresa que después de retener los aportes de sus empleados, los utiliza para otras operaciones ilícitas; la impunidad de los actos copenados implicaría, en verdad, un real premio al afán de lucro.

c) La regla de subsidiariedad.

En el derecho convencional se discute —hasta ahora sin acuerdo— si la subsidiariedad es un principio autónomo o un caso de especialidad[12]. Al margen de la subsidiariedad expresa, que se extrae de la imposición de la ley y que, con ligeras variantes, es recogida por toda la doctrina, importa detenernos en la implícita, pues, en puridad, es la aplicación de esta regla la que puede generar conflictos.

La actividad de la persona jurídica, enfocada desde el punto de vista de su progresión en el itinerario hacia la completividad del delito, puede afectar el bien jurídico con agresiones provenientes de distintas fuentes; cuando el ataque más grave no llena el contenido del tipo porque falta alguno de sus componentes pero se proyecta totalmente sobre un tipo más débil, es la pena de este tipo la que se aplica; lo que denominaríamos un caso de subsidiariedad descendente, porque, siguiendo el pensamiento de Von Hippel, la situación requiere la aplicación de la ley de un modo auxiliar ante la circunstancia de que se ha desechado la ley primaria. Al contrario, cuando el tipo penal (ley primaria) se da plenamente, el tipo menor (subsidiario) desaparece, queda excluído en una especie de progresión inversa (subsidiariedad excluída); este subcaso, en verdad, está estrechamente emparentado con la aplicación del principio de consunción porque también el tipo más débil se autoelimina ante el imperio de la ley primaria; sólo una cuestión ter-

[12] Jescheck, ob. cit., p. 672, nota 13; Zaffaroni, ob. cit., t. IV, p. 563.

minológica los aparta: en la consunción existe absorción de un tipo por otro; en la subsidiariedad rige la exclusión.

Por consiguiente, la única regla de subsidiariedad auténtica es la descendente, a la cual se debe recurrir cuando, por ejemplo, una conducta en materia de concertación monopólica queda incompleta por ausencia de un elemento típico, pero un tramo de su desarrollo resulta abarcado por el tipo de desabastecimiento. Aquí, despojada de toda duda, corresponde la aplicación de la regla de subsidiariedad tácita.

d) La regla de alternatividad.

Al igual que lo que propone Jiménez de Asúa, creemos que este principio tiene un sesgo propio, que lo diferencia de los anteriores. Recogiendo su clásica definición se puede afirmar que existe alternatividad cuando dos tipos penales (leyes) se comportan como dos círculos secantes[13], es decir, que exhiben un sector común del hecho contemplado por dos tipos penales, uno de los cuales es seleccionado para la subsunción. La opción se puede apoyar en la existencia de una pena más grave en uno de ellos o, si son iguales, en la mayor acumulación de ingredientes típicos respecto del modelo legal de cada uno de los tipos en juego que registra el hecho aprehendido. Desde el punto de vista teórico, la hipótesis es posible aunque la solución del conflicto está condicionada a la estructura del sistema legal que se adopte; en esta etapa de nuestra investigación sólo cabe discutir la viabilidad del principio.

No se nos oculta que las críticas dirigidas al enunciado de la alternatividad en el derecho convencional pueden ser trasladadas a nuestro esquema, dado que la exclusión de uno de los tipos es un operativo similar al que se realiza mediante la aplicación de la regla de la especialidad. Sin embargo, la exclusión no obedece a las mismas razones; en

[13] *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 544.

esta última existe una relación de general a especial que no aparece en la alternatividad, en la cual, como se dijo, la plataforma de la confrontación requiere la presencia de un sector común.

Esta última circunstancia permite, al mismo tiempo, ahuyentar cualquier duda sobre la confusión posible con la regla de subsidiariedad; aquí, la existencia de una progresión en el comportamiento deslinda claramente los conceptos; sin esta modalidad de itinerario resulta inconcebible el nexo ley primaria-ley subsidiaria, examinada en un parágrafo anterior.

C) *Concurso real.*

Existe concurso real cuando varias acciones institucionales independientes, de una misma persona jurídica o de un mismo grupo económico, son enjuiciadas en un mismo proceso penal[14].

Esta concepción teórica requiere varias aclaraciones, algunas ya anticipadas; en primer lugar, que una decisión institucional puede abarcar una o varias acciones independientes; en segundo término, la pluralidad de acciones no es sinónimo de pluralidad de tipos, pues pueden comparecer varios tipos penales en la realización de una sola acción (característica del concurso ideal) o repetirse el mismo tipo en una pluralidad de acciones; en tercer lugar, la exigencia de que se trate de una misma persona jurídica o de un mismo grupo económico es una característica genuina del esquema *ad hoc*, fundada en razones de eficacia y no derivadas de una construcción jurídico-material; en cuarto orden, la condición de una sola sentencia también —al igual que en la anterior— es una cuestión de neto corte procesal, sometida a la eficacia y utilidad del sistema.

[14] Es casi el trasplante, con referencia al derecho ordinario, de la definición de Maurach, ob. cit., t. II, p. 460.

Como se observa, el concepto de concurso real queda bastante desteñido cuando se trata de personas jurídicas; conserva, sí, relevancia la especificidad de la unidad de acción institucional por la necesidad de determinar cuándo hay pluralidad de acciones o, para decirlo de otro modo, cuándo son independientes; pero para definir los límites es preciso distinguir el ámbito interno del externo.

En el primero se requiere diferenciar la acción como unidad de las moléculas o porciones que la integran. Ya hemos señalado que las diversas actividades que encierra una acción institucional deben estar enhebradas por un plan terminal; las actividades múltiples, desde el punto de vista de la persecución penal, no son moléculas sueltas que navegan fuera del perímetro de la acción. Son parte de ésta o se trasforman en otra acción independiente siempre que, como es obvio, un plan distinto las absorba. La frontera entre actividad y acción queda claramente delimitada.

En el ámbito externo, la independencia de la acción institucional se relaciona con el problema de la sucesividad, la conexión de una acción básica con las posteriores que continúan. El análisis de la cesura o dependencia entre una y otras es, precisamente, la base para elaborar el concepto del delito continuado.

D) *Delito continuado.*

En la teoría del delito, resulta prácticamente incontrovertible la aceptación del concepto de delito continuado; la existencia de varios actos parciales dependientes de un mismo impulso delictivo (Maurach) y que conducen a un mismo fin es apreciada por la doctrina como una unidad típica de acción, es decir, un solo delito.

Las razones para incorporar esta construcción al sistema penal (convencional) integran el amplio abanico que va desde conveniencias de práctica procesal hasta argumenta-

ciones político-criminales[15] (favorecimiento del reo en cuanto a las consecuencias); ello no significa, va de suyo, que no se hayan invocado objeciones que, naturalmente, provienen de diversos ámbitos: en materia procesal, por ejemplo, la dificultad de plantear la cosa juzgada o determinar el punto de partida de la prescripción, y con referencia a la política criminal, la inequidad de un tratamiento que beneficia a quien ha realizado varias conductas no diferenciadas, por su intensidad de ataque, de las que contempla el concurso real. No obstante las interrogaciones que suscita esta orientación, una aplastante mayoría de los autores se ha inclinado por la admisión del delito continuado.

En nuestro esquema *ad hoc*, la recepción de esta categoría está limitada a casos excepcionales; sólo puede tener viabilidad cuando se produce la sucesión de acciones institucionales en determinadas condiciones.

En primer lugar, se debe tener presente que la acción institucional se integra generalmente con varias actividades; es el plan de acción el que define la unidad, el que marca su independencia.

En segundo término, es la sucesividad de las acciones —no meramente de actividades— la que determina la presencia del delito continuado siempre que exista homogeneidad objetiva en la realización de las acciones. Es ejemplo de este supuesto el vertido reiterado de residuos tóxicos mediante decisiones autónomas, o la producción de actos de desabastecimiento de diferentes productos resuelta en planes independientes. En cambio, si las acciones son heterogéneas (v.gr., una de polución y otra de concertación monopólica), es el concurso real el que impera.

En tercer lugar, la sucesividad de las acciones no es un mero devenir en el tiempo; requiere una aproximación de los actos, sin hiatos prolongados, que permita justificar la evaluación unitaria del comportamiento; de lo contrario,

[15] Nos remitimos a obras conocidas: Maurach, ob. cit., ps. 428 y ss.; Jescheck, ob. cit., ps. 652 y ss.

quedaría anulada la razón práctica de su incorporación al sistema.

Por último, casi obvio es recordar que aquí resulta válida también la afirmación (derecho convencional) de que las acciones institucionales deben afectar idéntico bien jurídico, cuestión ya ínsita en el concepto de homogeneidad; la circunstancia de que sean diferentes los lesionados exige, desde un comienzo, la marginación del delito continuado; sólo el concurso real es de aplicación.

Aun reducida a un ámbito limitado, la recepción del delito continuado traslada a nuestro esquema algunos de los problemas que se debaten en la teoría del delito. No existe obstáculo alguno, por ejemplo, para admitir en el itinerario de la continuación la concurrencia de acciones consumadas y de acciones tentadas; es perfectamente imaginable un acto de decisión que mande liberar energía atómica con otro similar posterior que, a diferencia del anterior, alcance el estado de consumación.

Del mismo modo, es hipótesis concebible la presencia sucesiva de acciones subsumidas en un tipo básico y acciones contempladas por un tipo agravado; conforme a la regla de consunción, es el tipo cualificado el que determina la unidad delictiva, pero si la acción del tipo menos grave se ha dado consumativamente y la del tipo más grave, en forma de tentativa, la fórmula del delito continuado ya no tiene vigencia, pues la absorción resulta imposible; en todo caso, procede resolver el conflicto conforme al concurso real[16], puesto que ambas acciones permanecen independientes.

Como deducirá el lector, la razón decisiva para apoyar el trasporte del delito continuado al esquema *ad hoc* deriva de conveniencias procesales; en la práctica social es altamente hipotizable la programación, por parte de algunas corporaciones, de actividades delictivas uniformes en áreas especiales que constituyen el hábitat de su profesio-

[16] Jescheck, ob. cit., p. 655, lo considera un caso de concurso ideal.

nalidad habitual. La detección de algunas de las acciones homogéneas permite arribar a una conclusión final sin necesidad de la disección acabada de cada una en particular, facilitando, de esta manera, la celeridad del enjuiciamiento. Satisface, en definitiva, uno de los presupuestos necesarios para la valoración de las consecuencias jurídicas.

Capítulo VIII

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Fin de la pena y justificación. Disfuncionalidad. Daño social.

Al examinar la función de la responsabilidad social[1] advertimos que el juicio sobre el comportamiento disvalioso de la persona jurídica resuelve el conflicto planteado por la actividad delictiva, al tiempo que reafirma su papel de control social; las consecuencias jurídicas de este juicio se determinan en las penas y medidas de seguridad, instrumentos normativos de ejecución de ese control social y relativos correctores de la disfuncionalidad del sistema socioeconómico (veremos más adelante por qué hablamos de relativos y no absolutos).

Las penas y medidas de seguridad en este esquema *ad hoc* de la teoría del delito responden, sin duda, a un denominador común del derecho convencional: son el brazo prolongado de la coerción estatal, "privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito"[2]; pero los fines y la justificación —problema abordado desde siempre por la doctrina— se apartan del marco tradicional, exhiben un emplazamiento propio, generado por la naturale-

[1] *La categoría de la responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, "Revista Brasileira de Ciencias Criminais", nº 18, ps. 299 y ss.

[2] Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Ediar, 1980, p. 77.

za *sui generis* de la acción institucional, a la cual nos hemos referido en otro capítulo[3].

Debemos acordar, en primer lugar —siguiendo una observación de Ferrajoli[4]— que los fines de la pena no pertenecen al ámbito intrínsecamente penal; se fundan en principios eticistas del campo de la filosofía o de la filosofía política. Precisamente una de la críticas del filósofo italiano a las conocidas doctrinas retribucionistas reside en que éstas conciben la pena como un fin en sí mismo, es decir, como "castigo", "compensación", "reacción", "reparación" o "retribución del delito", aserciones todas que pertenecen al campo de la moral pero que son extrañas al derecho penal; idéntica advertencia cabe con relación a las doctrinas utilitaristas, que si bien se refieren a la pena como un medio para el fin utilitario de prevención de futuros delitos, acuden de igual modo a componentes externos del derecho penal, pues la calibración o medición de los efectos de la pena en el conglomerado social o en el individuo son materia propia de la sociología o antropología, en el primer caso, y de la psicología en el segundo. Lo mismo cabe señalar respecto de la justificación —por qué el Estado puede castigar— que aparece en la doctrina penal como un medio para la ejecución del fin, como un mal extraído de otro mal (delito), sin advertir que se trata de un terreno filosófico-político que puede abarcar hasta la misma raíz de la existencia y razón de ser del Estado.

[3] Antes, en *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. De las penas*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 25.

[4] *Derecho y razón*, traducción de Andrés P. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayón Mokino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bancrés, Trota, Madrid, 1995, ps. 252 y ss.

Julio Maier, en otros términos, parece acordar con esta opinión cuando señala que el debate sobre la función y los fines de la pena, tanto desde el punto de vista sociológico empírico como desde el filosófico-jurídico es el que preside el discurso jurídico científico que expone y pretende dar solución al problema (*Derecho procesal penal argentino*, 1b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 533).

Si se comparte esta óptica es obvio que los fines y la justificación de la pena en la órbita de actuación de las personas jurídicas deben abrevar su fuente en un esquema axiológico, con contornos propios, elaborado a partir de las disfunciones que el comportamiento desviado provoca en la estructura económica y en el ámbito político-social; con otra fórmula, en la formación económico-social.

Ahora bien: no es tarea sencilla precisar la disfuncionalidad en la formación económico-social contemporánea; desde un punto de vista dicotómico[5] puede ser contemplada como una contraposición entre el capital como inteligencia colectiva —que tiende a autodisciplinarse— y el capital como anarquía (el capitalista particular, quien, para obtener una utilidad, infringe la disciplina impuesta por el capital en su conjunto) o, expresado de otro modo, entre un sistema racional de relaciones sociales de mercado y la actitud trasgresora de una voluntad distinta[6]. Este enfoque —llamado por Simonetti regla-excepción— peca, por un lado, de unilateral, al focalizar el funcionamiento sólo en la ruptura de las reglas de acumulación, y, por el otro, de insuficiente al omitir la intervención que le cabe muchas veces al Estado como agente de estímulo de determinados grupos económicos o desactivador de otros emprendimientos.

Sin detenernos aquí en la plusvalía —sinónimo del apoderamiento del trabajo ajeno—, como plataforma generadora de la acumulación, se debe recordar que este proceso se integra no sólo con los eslabones "normales" del desarrollo capitalista sino, también, con los denominados "irregulares", tal cual lo demuestran los conocidos ejemplos del

[5] Es el criterio de José María Simonetti, *El ocaso de la virtud*, Universidad de Quilmes y Universidad de La Plata, ps. 37 y ss. Antes, estas ideas fueron expuestas en José María Simonetti y Julio E. S. Virgolini, *Del delito de cuello blanco a la economía criminal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Méjico, 1991.

[6] Massimo Pavarini, *Control y dominación*, traducción de Ignacio Muñagorri, Siglo XXI, Méjico, 1983, ps. 126 y ss.

cultivo de la coca, del contrabando de insumos, la producción y comercialización de las armas de guerra; centenares de empresas son fruto de la conjunción de ambos componentes y, salvo los casos en que la identificación aparece proclamada en su bandera, resulta casi imposible, en la práctica social, descubrir el origen regular o bastardo de los intereses reales.

El concepto de funcionalidad —o disfuncionalidad— tampoco puede ser ajeno al desarrollo del capitalismo en la etapa actual de mundialización —concentración— o globalización de la economía al cual hemos hecho referencia en un capítulo anterior[7]. Con lenguaje de Pavarini[8], el fenómeno es inherente al sistema, con lo cual el creciente aumento de la desocupación y la intensificación de la pobreza pertenecen al ámbito del capitalismo como inteligencia colectiva; la actividad de las trasnacionales instrumentadas por medio de diversos mecanismos —amalgamas, fusiones, etc.— es parte de la funcionalidad, legitimada ahora normativamente por la mayoría de los ordenamientos mediante la denominada "desregulación" o la dirección interesada, que simbióticamente acompañan a las nuevas modalidades de la acumulación.

Frente a un panorama tan vasto y flexible no basta la contraposición entre capitalismo autorregulado y capitalismo anárquico; parece estéril la pretensión de acudir genéricamente a las disfunciones del sistema como fuente de valoración de los fines y justificación de las penas; la recepción de la idea sólo puede tener cabida si la disfuncionalidad se refiere a una formación económico-social determinada, con una organización estatal concreta. La orientación del fin o los alcances de la justificación de la pena están inexorablemente condicionados por estos presupuestos; varían en la medida en que se modifican la formación económico-social y la organización del Estado.

[7] Antes, en *De las penas*, ob. cit., ps. 31 y 32.
[8] Ob. cit., p. 126.

Ahora bien: ¿significa esta proposición asertiva considerar como modelo de formación económico-social la existente en la mayoría de los países periféricos del orbe, con sus componentes conocidos de concentración económica, marginalidad social creciente, distribución selectiva de los recursos, pauperización progresiva, minimización del Estado, hegemonía de la trasnacionales, o debemos partir, en cambio, de los procesos internos potenciales o latentes de reconversión estructural dirigidos a revitalizar al Estado y neutralizar esos fenómenos tan visibles? La contestación a uno u otro interrogante responderá, sin duda, a versiones diferentes de interpretación de la realidad y, obviamente, influirá sobre la valoración de los fines y justificación de las penas y medidas de seguridad, con lo cual la categoría disfuncionalidad exhibirá innúmeros contenidos.

Parece conveniente, ante la presencia de un cuadro tan laxo, acudir a otro componente para la detección y definición de la disfuncionalidad; este componente es el que la bibliografía especializada identifica como perjuicio o daño social. Simonetti, a quien hemos citado antes, sostiene que el concepto de daño social[9] es útil para identificar los elementos que se entrecruzan en torno del orden económico: los sectores sociales perjudicados, los términos de su perjuicio e, inversamente, los sectores sociales beneficiados y los medios utilizados para lograr el beneficio; señala Simonetti que ese entrecruzamiento de los distintos componentes que concurren en la realidad social —intervención de nuevos actores sociales en el proceso de acumulación, mediación del Estado en las redes económicas, flujo y reflujo en el aparato estatal— debe inclinarnos a recurrir a un concepto abarcativo, no sólo de la contradicción entre el capital autodisciplinado y el capital como anarquía, mencionados en un parágrafo anterior, sino también de la disfuncionalidad en los intereses que no se identifican con los que en el momento concreto ejercen una función hegemónica; o, de

[9] Ob. cit., p. 41.

otro modo, el concepto de daño social, como el que aquí proponemos, acoge tanto el producido en el propio intrasistema del capitalismo de la acumulación como el que impacta a los sectores mayoritarios, víctimas o sujetos pasivos del proceso en la formación económico-social.

Un daño social que recoja en su abanico ambos extremos debe surgir, necesariamente, de una valoración; resulta imposible construír un concepto unitario sin medición de los efectos en el sistema autorregulado, sujeto a sus propias leyes, y en la región que pertenece a la trastienda del sistema. Y, obviamente, el parámetro para esa valoración no dependerá ya de las irregularidades observadas en el marco acotado del capital-mercado, sino también de las advertidas en la inequitativa distribución de bienes, desigual asignación de ingresos y estratificación de la calidad de vida.

Pero la ecuación no queda resuelta con sólo acudir a la externidad del derecho penal; es preciso considerar, además, que la persona jurídica —como lo hemos repetido tantas veces— es un protagonista cualitativamente diferente del hombre de carne y hueso, eje alrededor del cual se han estructurado las conocidas doctrinas de la pena; el papel de la persona jurídica en el tejido social —recordemos el carácter mediador de las sociedades anónimas y corporaciones en las relaciones estructurales y superestructurales[10]— no es idéntico al del individuo, ni son iguales los efectos de su acción; al igual que lo que ocurre con la acción institucional, el impacto de la pena o la medida de seguridad, está condicionado por la conveniencia o beneficio, por la rentabilidad y no por el alma de los directivos[11]. La relación decisiva, la que nos interesa, es la que

[10] *Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación*, ob. cit., nota 31, p. 36.

[11] En los países capitalistas denominados centrales, el porcentaje de ocupación retribuída del sector que no persigue fines de lucro varía entre el 1,8 % y el 6,8 %. Esto significa que la inmensa mayoría depende del sector y que se guía por el beneficio (dato extraído de *La rilevanza*

se produce entre el contexto macrosocial —léase formación económico-social— y la acción institucional, y no la que vincula la conducta de los particulares y la formación económico-social. De esta abismal diferencia debe partir cualquier reflexión sobre la posibilidad de trasladar la aplicación de los principios clave de la doctrina penal tradicional a nuestro diseño.

En el derecho penal convencional, el problema del fin de la pena —cuestión harto sabida— exhibe dos postulados básicos: la idea de retribución y la idea de prevención. La primera apunta hacia el pasado, procura compensar el mal de la infracción con el mal de la pena. La segunda mira hacia el futuro —el peligro de comisión de nuevos delitos—, persigue el objetivo de impedir por parte del autor o de terceros otros comportamientos lesivos[12]. La retribución se asienta, fundamentalmente, en la culpabilidad, la prevención acoge la idea de peligrosidad respecto del autor y, en sentido más amplio, la predisposición de cualquier ser humano para la realización de acciones punibles. La prevención, a su vez, registra dos variantes: la general —dividida en prevención general positiva o prevención general negativa o por integración— y la especial o individual, regida por el *prius* de la resocialización. Los conceptos son ampliamente conocidos y sólo acudiremos a ellos en la medida en que lo requiera nuestro objeto específico.

En cuanto a la justificación, hay consenso generalizado de que la pena resulta necesaria para el mantenimiento del orden jurídico, hasta hoy, la regulación más precisa e idónea para proteger la convivencia comunitaria. A esta justificación político-estatal, que abarca la intervención del Estado en el delito producido y en el que pudiere cometerse

---

economica e sociale delle organizzazioni "non profit" in Italia; Benedetto Gui, *Le organizzazioni senza fini di lucro (non profit organizations)*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difensa Sociale, Guiffrè, Milano, 1996, p. 174).

[12] Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., ps. 58 y ss.

en el futuro —papel de prevención—, algunos autores[13] agregan la justificación psicológico-social —la necesidad de justicia reclamada por el conglomerado social— y la ético-individual, relacionada con la autoexigencia del delincuente de liberar su culpa, su deseo de expiación, pero sigue siendo la primera la que predomina como eje de la legitimación del castigo.

Hagamos ahora una ligera confrontación con lo que ocurre en el campo de las personas jurídicas; comencemos con el análisis de los fines, peldaño inicial de nuestra preocupación.

Dentro del orden establecido por la doctrina tradicional aparece, en primer término, el principio de retribución. Aun entendido en su acepción contemporánea, es decir, sepultada la idea de venganza o expiación, la retribución aparece siempre como una explicación de conflictos de la persona humana. El fin de la pena como respuesta al hecho, adecuada al injusto y culpabilidad, se relaciona en verdad con una reacción del comportamiento humano, desprendida de otras connotaciones sociales. Sin ingresar a la discusión acerca de si esta clase de fin pertenece a un ámbito extrapenal o si es componente auténtico del derecho penal, lo cierto es que no supera el marco de la esfera individual, de la persona de carne y hueso.

En la esfera de las personas jurídicas, la finalidad retributiva queda descartada desde el principio; carece de sentido analizar la respuesta al hecho disvalioso cuando los integrantes del ente pueden ser ya otros en el momento de la pena; no sólo la posibilidad de una variante en la composición del directorio, sino también el cambio de titularidad de las acciones. Salvo que se pretendiera reconocer en la persona jurídica la existencia de un aparato psíquico colectivo, de una naturaleza inimaginable para nosotros, la relación requerida por los partidarios del fin preventivo en su versión moderna resulta imposible; y, obviamente, con

[13] Entre ellos, Jescheck, ob. cit., ps. 56 y 57.

mayor razón aun para quienes permanecen afiliados a las viejas consignas de venganza, expiación o compensación.

El fin preventivo general, en su versión negativa —prevenir el delito mediante la influencia que se ejerce sobre la sociedad en general—[14] debe ser desdoblado en su análisis si se pretende trasladarlo a nuestro esquema. Respecto del ciudadano en general, el efecto disuasorio de la pena que se invoca como una de las características esenciales bien podría ser llevado al campo de la persona jurídica, pero en este caso cabe la misma crítica que se ha realizado en el marco teórico del derecho convencional; en puridad, este pretendido fin es una nota pragmática de todas las normas, de cualquier efecto normativamente dispuesto como consecuencia de un acto jurídico[15] o, como lo señala Stratenwerth[16], de toda regla que prescribe un comportamiento y que pierde su carácter normativo cuando su incumplimiento deja de ser sancionado.

Con relación al efecto sobre las personas jurídicas, la crítica relevante se ubica en otro plano; la reacción de los entes colectivos no se gobierna por la intimidación, generadora de la disuasión, sino por el cálculo económico, el factor de rentabilidad al que hemos aludido antes. Si recurrimos a la característica de la no imitación —efecto que se le atribuye a la prevención general—, como resultado del proceso de disuasión, podemos acordar que esta situación es perfectamente hipotizable en nuestro enfoque, pero, en tal caso, ya no será el *quantum* del temor el fiel que incline la balanza, sino el cálculo de las ventajas o desventajas que deciden en la persona jurídica, el mayor o menor lucro que son, en definitiva, los factores que generan la decisión institucional[17].

[14] Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Gladys Romero, Edersa, p. 14.

[15] Ferrajoli, ob. cit., p. 277.

[16] Ob. cit., p. 17.

[17] Subraya el carácter económico de la pena Claude Ducouloux-Favard ("Les Petites Affiches", nº 42, 7/4/93) en su trabajo *Demain les personnes morales responsables pénalement.*

El fin preventivo general, en su versión positiva o de integración, ha ganado espacio en la doctrina contemporánea; el Estado procura, según Jescheck[18] no sólo intimidar, como se ha visto en el parágrafo anterior, sino "fortalecer a la colectividad en su conciencia jurídica y educarla en la obediencia al derecho acudiendo a leyes penales justas y a su aplicación comedida e igualitaria", fórmula semejante a la que elabora Jakobs desde su posición funcionalista cuando sostiene que "misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales"[19].

Si nos detenemos en el contenido de estos enunciados observaremos que es pasible de la objeción levantada respecto de la prevención general negativa; no es sólo privilegio de la pena dar lugar a que la norma siga siendo orientación idónea para la convivencia o sirva para la consolidación del derecho; este papel se detecta en cualquier acto jurídico inherente al derecho penal o extraño a él. No es un rasgo propio de la prevención integradora, sino un perfil natural de cualquier Estado de derecho.

Sin perjuicio de reconocer que la formulación tradicional confunde, como bien sostiene Ferrajoli[20], derecho y moral, inscribiéndose dentro del inagotable filón de legalismo y estatalismo éticos, al atribuír a las penas funciones de integración social mediante el reforzamiento de la fidelidad al Estado y la promoción del conformismo de las conductas, es visible, para nosotros, que el fin preventivo general positivo de las penas y medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas apunta, también, a consolidar el ordenamiento jurídico, pero la nota cualitativamente diferente reside en que el nivel ético-político, del cual dimanan las

[18] Ob. cit., p. 60.

[19] Günter Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 14.

[20] Ferrajoli, ob. cit., ps. 274 y 275.

valoraciones, se debe construír a partir de las disfunciones de la formación económica y social en su acepción crítica, tal cual lo examinamos en el comienzo del capítulo; dicho de otro modo, la restauración de las reglas de juego que solidifica el Estado de derecho está condicionada por el proceso trasformador de la formación económica y social; el fin preventivo general positivo será consecuencia lógica del fin corrector de las disfunciones y no base del diseño teórico como la doctrina prevalente. Con esta acotación, no existe obstáculo alguno en acoger, dentro de nuestro esquema, la denominada teoría de la prevención integradora [21].

La prevención especial o personal requiere otras reflexiones. La concepción tradicional la define como un fin dirigido al reo, pretende su reintegración o su resocialización a través de las enseñanzas que fluyen de la pena. Trasladada al campo de las personas jurídicas, parece obvio que la fórmula es impracticable; las penas y medidas de seguridad exigen insoslayablemente, para cumplir con su finalidad preventiva especial, la presencia de un aparato psíquico en el trasgresor. Y si se pretendiera sostener que esta relación es concebible entre la pena y el ente, la respuesta negativa surgiría de inmediato; en primer lugar, porque la acción institucional emana de la persona jurídica y, en segundo término, porque la fungibilidad de los miembros de un directorio posibilita que el destinatario de la resocialización sea un sujeto ajeno a la entidad en el momento en que se ejecuta la pena.

Pero amén de estas observaciones, la resocialización se difuma cuando se produce la desaparición de la empresa (persona jurídica); la aplicación de una pena significa, mu-

[21] Una versión crítica aguda de la prevención integradora, en Gonzalo Fernández, *Culpabilidad y teoría del delito*, Ed B. de F., Montevideo, 1995, ps 124 y ss. Sobre la importancia de este criterio en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ver Silvina Bacigalupo, ob. cit., ps. 366 y ss.

chas veces, el cese de su actividad en el mercado, no sólo como consecuencia de la propia naturaleza de la sanción —v.gr., cancelación de la personería—, sino también por la sustitución que a veces se realiza por otra entidad exenta de "máculas", pero vinculada con los mismos intereses económicos; esta hipótesis, que tiene andadura habitual en el mundo moderno por razones ya conocidas (impositivas, reestructuración administrativa, etc.) y que se percibe mediante las fusiones y otros mecanismos similares, aparece como un impedimento práctico a la hora de proyectar la sanción.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la posibilidad de trasladar los principios conocidos sobre los fines de la pena; resta una breve referencia a su justificación. Es cierto que la pena es un mal que el Estado impone para conservar el orden jurídico, pero en el ámbito de las personas jurídicas este mal es esencialmente de carácter económico aunque irradie sus consecuencias en otras áreas —v.gr., el cierre de una empresa que afecta a los empleados y obreros—; la pena es un medio para cumplir el fin de corregir las perturbaciones del sistema y evitar un mayor daño social. El derecho que se le asigna al Estado no deriva de formulaciones polémicas acerca del derecho de castigar —interrogante que, como se dijo, pertenece a los principios de la filosofía política y que alcanza inclusive el cuestionamiento sobre la propia existencia del Estado—; es un hecho social, real, concreto, una relación de poder preñada de contradicciones internas y externas. La problemática de la justificación de la pena está, pues, erróneamente planteada en la teoría tradicional[22]; no se trata de justificación, sino de descripción de un fenómeno del mundo real. Si reconocemos como válida esta aserción, es evidente que las penas y medidas de seguridad son también un mal, pero un mal atado a las

[22] Mary Beloff habla directamente de "justificación imposible" (*Determinación jurídica de la pena*, Edic. del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 53 y ss.).

necesidades provocadas por las disrupciones producidas como resultado de la actuación de la persona jurídica.

Precisamente en este punto es donde cabe una referencia a lo que Roxin denomina una tercera vía para el derecho penal: la reparación. En Alemania, una corriente doctrinal, siguiendo los lineamientos del profesor antes citado, y en la Argentina, varios de los discípulos de Julio Maier[23] apuntan a la reparación del daño como tercera vía, como un nuevo tipo de sanción junto con la pena y las medidas de seguridad. El riesgo de esta trasposición a las personas jurídicas reside, como no escapará al lector, en convertir a la reparación del daño en una moneda de cambio de la sanción, riesgo que se acrecienta si tomamos en cuenta la especificidad del daño social en los delitos económicos y contra el medio ambiente. La propuesta no parece conveniente en nuestro esquema.

La reparación forma parte de la corrección de la disfuncionalidad, integra uno de los parámetros para la reconversión del cuadro creado por el comportamiento delictivo. Pero no todos los episodios pueden volver a un estadio anterior (v.gr., delitos contra el medio ambiente); la cuestión aparece claramente en el derecho convencional cuando se examina la diferencia entre la denominada prestación obligatoria de bien público —la reposición de las cosas al estado anterior resulta imposible— y la reparación del daño provocado por el delito, que apunta a compensar, sea por vía de la indemnización o de la reconstrucción, la lesión del bien afectado. En el sistema que proyectamos son las restantes modalidades de la pena las que deben contemplar esta situación.

Como se advierte, esta breve confrontación con los fines y justificación del derecho penal convencional nos lleva a la conclusión de que el trasporte al sistema *ad hoc* requiere pautas propias; sobre esta base se debe analizar la posibi-

[23] *Determinación judicial de la pena*, Edic. del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 48 y ss.

lidad de construír un catálogo específico de penas y medidas de seguridad conforme a su naturaleza y resolver el problema de la personalización, cuestiones que abordaremos sucintamente en las páginas siguientes.

2. NATURALEZA DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Ubicado el problema de los fines y la justificación en la externidad del derecho penal, queda por precisar la real naturaleza de la pena y las medidas de seguridad. Utilizando una feliz expresión de Ferrajoli[24], aplicada a nuestra temática, la forma jurídica de ambas sanciones es una técnica institucional aplicada por el Estado para instrumentar la violencia programada ante el acto socialmente desviado de la persona jurídica. Sin duda que es un mal en cuanto repercute drásticamente sobre el patrimonio y el propio funcionamiento del ente colectivo, pero este mal está desprovisto de toda consideración ética o psicológica; es simplemente un recurso para mantener el control que el Estado considera necesario dentro de la contraposición constante entre el interés de subsistir de la persona jurídica y el interés del Estado en regular su conducta. En este sentido, en nada se diferencia de las sanciones a las que recurre el derecho administrativo o el derecho civil, pero con la nota específica de que en el sistema *ad hoc* es la resultante de un juicio de reprobación fundado en la ausencia de responsabilidad social; aquí, con más acierto que nunca, la expresión "consecuencias jurídicas" como principio genérico dentro del cual se cobijan todas las reacciones que provoca el desconocimiento del orden normativo.

Problema distinto es la diferenciación, dentro del marco específico, entre penas y medidas de seguridad; ¿cuáles son las notas que justifican la distinción si ambas son una técnica institucional?

[24] Ob. cit., ps. 248 y 249.

En el derecho penal convencional, la medida de seguridad está relacionada con la tan remanida categoría de peligrosidad; no obstante las variantes teóricas que exhibe la bibliografía acerca de su significación, se reconoce en general, respecto de la peligrosidad, que el Estado avanza en su injerencia cuando resulta inoperante la medida de la culpabilidad; la peligrosidad del autor es de tal dimensión que sólo la medida de seguridad puede trabar la posibilidad de otros ataques al bien jurídico. El fin de las medidas es de tipo preventivo[25], básicamente, la prevención especial, no sólo porque sirve a los objetivos propios de seguridad, sino también porque responde a la necesidad de resocialización. Al mismo tiempo, extiende su protagonismo a la prevención general, aunque como finalidad secundaria, pues su aplicación genera un efecto intimidatorio en el seno de la población (el ejemplo tan conocido de la privación del registro de conductor).

Ya hemos señalado que en el área de las personas jurídicas la nota de resocialización es una pura ficción; en cambio, sí podemos retener como válido el concepto que se refiere estrictamente a la seguridad, aunque con las connotaciones específicas propias del funcionamiento de las corporaciones o sociedades. En primer lugar, la peligrosidad nada tiene que ver con las características de las personas humanas que las integran; sí, con la capacidad del ente para repetir una actuación delictiva, capacidad que no sólo debe ser contemplada desde lo interno —organización y funcionamiento en la emergencia concreta y conducta societaria dirigida al lucro—, sino también con el impacto que se produce en el entramado social, es decir, en el sistema en que actúa. Va de suyo que este último sesgo es de vital

[25] Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo Javier de Vicente Remesal, Cívitas, Madrid, 1997, p. 104. Sobre el fin de la medida de seguridad y su relación con la peligrosidad, ver Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 20.

importancia para entender el sentido de la peligrosidad, ya que la potencial lesión de los bienes jurídicos varía en su gravedad conforme sea el comportamiento realizado; no es idéntica la incidencia de una defraudación tributaria de la que proviene de una liberación de energía atómica aunque ambas reciban igualmente la reprobación social. En verdad, el concepto de peligrosidad de una persona jurídica resulta de la composición de los factores del marco interno y los que gravitan en el ámbito externo, del análisis de su interrelación, y aunque alguno de ellos pueda gravitar más que otro en una situación concreta —circunstancia que operará sobre la elección de la medida—, lo que importa es que nunca podrá ser construída desde un punto de vista unilateral, es decir, desde uno de los síntomas de su actuación. Por eso es preferible utilizar el "concepto de riesgo" y no el de peligrosidad que, como se ha visto, evoca siempre la conducta del ser humano.

En segundo término, debe quedar bien en claro el significado que le asignamos a "seguridad". Este vocablo es sinónimo de control, de injerencia del Estado sobre la actividad siguiente al acto delictivo de la empresa y, como concurrente lógico, de las limitaciones a ésta en su manejo operacional; equivale a la pretensión de garantizar la irrepetibilidad de su conducta mediante un filtro en el aparato dispositivo que si bien no obtura totalmente su capacidad de decisión, la somete a una especie de curatela; en verdad, es el avance del Estado del que hablamos antes, pero realizado mediante el poder de los jueces.

De lo dicho hasta aquí se desprende que en nuestro esquema la pena pone el acento en el impacto que se produce en el patrimonio de la persona jurídica, en tanto la medida de seguridad atiende esencialmente al control dentro de la situación de riesgo en que realiza su actividad. Y es natural que así sea porque lo que se intenta con la medida de seguridad es que la persona jurídica retorne rápidamente al estado de normalidad; dicho de otro modo: la medida de seguridad, aunque afecte igualmente los intereses, implica una mayor posibilidad de recuperación; de esta

manera se corresponde con la situación de riesgo a la cual aludimos antes.

La naturaleza similar de las penas y medidas de seguridad repercute, en definitiva, sobre las consecuencias, pero no se condicionan; las dos requieren, obviamente, la existencia del juicio sobre la responsabilidad social; si se produce la exención de la pena, ello obsta para que se dicte la medida de seguridad, pero bien puede decidirse la medida de seguridad sin que antes se haya resuelto la pena.

Y aquí, so riesgo de excedernos en el tema específico, cabe otra reflexión complementaria; aparece nítida la diferencia entre sanción administrativa y medida de seguridad. En el esquema adoptado por nosotros, esta última siempre exige la elaboración del juicio, es decir, el análisis de los componentes, la atribuibilidad y la exigibilidad de otra conducta a las cuales nos hemos referido en un capítulo anterior[26].

En un segundo plano, el criterio unitario acogido en este trabajo conduce a otro resultado: el principio de proporcionalidad emerge claramente como un denominador común de las penas y medidas de seguridad, puesto que el baremo de la intensidad del daño ocasionado al bien jurídico, como plataforma de ese principio, está ínsito en el juicio sobre la responsabilidad social.

Digresión parecida cabe respecto de la intercambiabilidad de las sanciones; si la pena y la medida de seguridad exhiben idéntica naturaleza, el juicio final puede decidirse por una u otra o recurrir a la acumulación.

3. CLASES DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

A) *Las penas.*

Si partimos del diseño apuntado en el parágrafo anterior, corresponde que abordemos, en primer lugar, las cla-

[26] Antes, en "Revista Brasileira de Ciencias Criminais", nº 18, ps. 304 y ss.

ses de pena conforme a su gravedad. Ya explicamos que la pena es un impacto en el patrimonio de la persona jurídica y que la gradación debe ser congruente con la mayor o menor lesión al bien jurídico sin dejar de recordar que se trata de una mensuración relativa pues, en algunas ocasiones, una pena de menor gravedad puede influír de modo más relevante que otra de mayor dimensión, según sean la actividad de la empresa, su modalidad de funcionamiento y el área en que actúa.

a) Cancelación de la personería jurídica.

Equiparada por algunos autores a la pena de muerte[27], la cancelación importa la extinción de la entidad, su desaparición. No cabe duda alguna de que esta sanción debe ser aplicada cuando la persona jurídica ha sido creada para la comisión de delitos o cuando decide una desviación de su objeto social dirigida a facilitar una actividad ilícita[28]; la cuestión aparece más compleja en los casos en que la acción delictiva no exhibe estas modalidades y sólo debe ser mensurada por el daño causado.

No vemos reparo alguno en extender la medida siempre que no se desconozca, va de suyo, el principio de proporcionalidad al que nos hemos referido; un ejemplo claro se registra cuando el directorio de un banco perpetra una administración fraudulenta en perjuicio de los ahorristas o cuando un grupo de empresas se conciertan para elevar el

[27] Jean Piérre Dintilhac, *Des peines et de leur execution*, "Les Petites Affiches", Paris, nº 149, 22/12/96, p. 47.

[28] El Código Penal francés de 1992 permite la disolución con estos límites y siempre que no fueran personas jurídicas de derecho público, sindicatos o agrupaciones políticas (art. 131-139, 2º parágrafo), pero se debe advertir que la ley francesa acoge un sistema amplísimo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, muy alejado de nuestra propuesta. La ley 9605 de Brasil la prevé para los delitos contra ambiente; la decisión corresponde al juez penal (art. 24). Por su parte, el Consejo de Europa, en la Recomendación R (88) 18 ya había sugerido algunas de estas sanciones.

precio de un medicamento de vital importancia para la protección de la salud.

La cancelación de la personería importa, naturalmente, la disolución de la entidad; trasladada esta consecuencia al ámbito legislativo, queda por establecer si el acto de disolución y liquidación corresponde a la competencia del juez comercial o si es el propio juez penal quien debe realizar la ejecución. La alternativa no es indiferente, porque la utilización de esta última vía puede favorecer a los integrantes de la sociedad que ha delinquido, tomando en cuenta que los beneficios de origen fraudulento suelen estar incorporados al patrimonio social.

Ante la inconveniencia de desplazar en un caso así hacia la justicia penal un acto de un ámbito ajeno, la solución aconsejada reside, según nuestro entender, en dejar la solución al juez penal, quien tiene la facultad de escoger otra pena o de acumularla si es que prevé la eventualidad de una situación como la ejemplificada; en este sentido, la intercambiabilidad permite resolver una situación probable en la práctica social cuando, de una parte, la disolución conlleve el riesgo de favorecer a la masa de accionistas y, de la otra, produzca la anulación de una fuente de trabajo. El sistema de sanciones que proponemos en estas páginas permite que el juzgador pueda acudir, mediante la compaginación de alguna de ellas, a la solución más justa en el caso concreto. Es obvio que esta flexibilidad desaparece cuando el ente ha sido conformado para fines ilícitos, pues aquí, amén de los intereses sociales, está en juego el propio funcionamiento del Estado de derecho.

Antes de hacerse efectiva, la cancelación de la personería no debe estar sujeta a la realización de pasos previos con el propósito del salvamento o de atenuar el impacto social que provoca la sanción; la gravedad de la pena no admite, por ejemplo, que se intente el cambio de objeto social o que se realice la disolución voluntaria, como soluciones menos estigmatizadas para la sociedad afectada; sin embargo, en este segundo supuesto, si la disolución se halla

en trámite ante la justicia comercial, corresponderá que el juez penal acuerde con ella mecanismos uniformes para la realización de la medida (v.gr., la designación del liquidador), lo cual no afecta la intangibilidad de la cancelación [29].

Parece una verdad de Perogrullo afirmar que la cancelación de la personería sólo se puede decidir en tanto la persona jurídica esté vigente; si por un acto voluntario realizado con anterioridad la persona jurídica ha perdido su legitimidad, la medida carece de sentido, pero, en tal hipótesis, queda subsistente la posibilidad de otras sanciones (v.gr., confiscación) y la responsabilidad de los directivos por su conducta personal, situación esta última que en el sistema de la doble imputación queda reservada al derecho penal convencional.

b) La multa.

En el campo de los delitos económicos, la multa tiene ganado desde hace varias décadas un papel hegemónico. En las legislaciones que han acogido la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Francia, Holanda, Gran Bretaña) constituye, sin discusión, la pena principal.

La relación responsabilidad social-multa plantea innumerables cuestiones: la primera, si debe circunscribirse a una ecuación objetiva (nexo entre acción institucional y daño causado), o si debe tomar en consideración factores externos a esta relación como son, indudablemente, la consecuencia sobre la marcha de la empresa, el empleo laboral y la significación social inevitable.

Como bien lo señala Malamud Goti [30], las multas, para ser efectivas, deben ser importantes si pretenden alcanzar

[29] Varios de estos problemas son abordados por Paul Le Cannu (*Dissolution, fermeture d'etablessement et interdiction; la responsabilité pénale des personnes morales*, Dalloz, Paris, 1993, p. 341) poco tiempo después de la aprobación del Código Penal francés, en 1992.

[30] *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 55.

una repercusión clave en la corporación, pero parece natural que si el costo social que provoca la sanción es mayor que el efecto beneficioso que se espera de su aplicación, la razón de su imposición desaparece; esparcir sus efectos sobre terceras personas que ninguna relación han tenido con el hecho de la trasgresión (empleados, acreedores, público en general) es extraño al pretendido fin corrector de la disfuncionalidad que se atribuye a la pena. Las llamadas externalidades no son, por consiguiente, ajenas a la sanción; son componentes que deben ser tomados en cuenta a la hora de la condena, como apoyatura insoslayable del juicio de personalización.

La segunda cuestión reside en que se hace necesario evitar que el costo de la multa se traslade a los precios; la sanción se diluye si la empresa desplaza la erogación hacia el costo del producto. La neutralización de este mecanismo pertenece, a no dudarlo, a la inteligencia de la decisión judicial: en primer lugar, la sanción debe partir de las ganancias de la empresa y no del capital, y en segundo término, debe ir acompañada de una medida de seguridad adecuada que permita el control de la actividad interna de la persona jurídica.

La tercera cuestión está relacionada con la multa impaga, es decir, con la posibilidad de que la persona jurídica condenada desoiga el mandato judicial. Una solución reduccionista consistiría en propugnar la ejecución como mecanismo normal para obtener el cumplimiento, pero ello, sin duda, equivaldría a una propuesta de ingenuidad manifiesta. Sólo la anexión de una medida de seguridad permite asegurar la eficacia de la sanción; de modo que, como en el caso anterior, la pena de multa no puede ser decidida en forma aislada.

Un cuarto punto es el que se vincula con las consecuencias de la imposición de una multa que afecta drásticamente el patrimonio de la empresa; la persona jurídica se ve obligada a requerir su liquidación, acuciada por los requerimientos de la ley societaria. En este supuesto, pare-

ce fuera de toda controversia que la medida de seguridad, a diferencia de los casos anteriores, resulta irrelevante en su papel de reaseguro. Es por medio del juicio de personalización como debe ser resuelto el problema, para lo cual el juez deberá contar, imprescindiblemente, con una información previa, tanto del funcionamiento de la empresa como de su *status* económico y social en el ámbito externo[31].

En cuanto a la modalidad de satisfacerla, nada obsta para que se admita el fraccionamiento; como bien lo señala Boizard[32], es racional que este criterio se siga cuando la actividad de la empresa es estacional, o sea, sujeta a etapas temporales. Las pautas delineadas en el parágrafo anterior para conformar la decisión del juez son válidas, también, en este caso.

c) Suspensión total o parcial de actividades.

En la reciente legislación francesa (Código Penal, art. 131-39, inc. 4) figura, en el catálogo de las penas, el cierre definitivo de uno o más establecimientos de los cuales es titular la persona jurídica; se trata esencialmente del lugar donde se comete el delito.

Hemos preferido, sin embargo, proponer la suspensión parcial o total de actividades como sanción más adecuada, comprensiva de las dos anteriores[33]; es que el espacio donde se desarrolla el comportamiento delictivo no siempre es índice de la dimensión real del conflicto ni tampoco coincide con el desarrollo de la acción. Baste señalar el ejemplo claro de las corporaciones trasnacionales que dispersan en distintas áreas geográficas el comienzo del plan y su ejecución.

[31] Martine Boizard, *Amende, confiscation, affichage ou communication de la decision*, en *La responsabilité pènale des personnes morales*, Dalloz, Paris, 1993, p. 333.

[32] Ídem, p. 336.

[33] El Código español de 1995 la prevé, aunque como consecuencia accesoria, en el art. 129, 1.

Por otra parte, la suspensión parcial de actividades contempla la actuación de la persona jurídica en el mercado; nada impide que la sanción se focalice en un sector de la actividad de la empresa o en una faceta de su actuación en el espacio social; de ahí que la exclusión de los mercados públicos, como sanción independiente, no se justifica, ya que significa diáfanamente una modalidad de la suspensión de actividades[34].

La suspensión apunta fundamentalmente a los delitos económicos del área de la competencia, donde el eje de la conducta gira en torno de la denominada posición dominante[35]; es la misma concepción que la cancelación de personería, pero en su escalón anterior. Pone un freno al abuso de posición dominante en procura del reencauzamiento de la empresa; presume aun su recuperación, y por ello debe ir acompañada de una medida de seguridad complementaria.

d) Prohibición de determinadas actividades funcionales y operaciones.

A diferencia de la suspensión, esta pena atiende, fundamentalmente, a la reducción de la capacidad societaria de la persona jurídica; es la interdicción de ejercer ciertas atribuciones relacionadas con su funcionamiento, entre ellas, las emisión de cheques, la efectivización de pagos (la cesión o suscripción de acciones), o con su estructura institucional, verbigracia, cesión o suscripción de acciones, aumento de capital.

Esta sanción, que en el Código español de 1995 tiene carácter de consecuencia accesoria, y en el francés, de pe-

[34] Es el criterio del Código francés, que incluye en el listado la exclusión de los mercados públicos en forma definitiva o por una duración determinada (art. 131-39, inc. 5).

[35] Anteproyecto del Código Penal para la República de Guatemala del Organismo Judicial, 1990, art. 53, cuya óptica es coincidente con nuestro criterio.

na[36], puede ser temporaria o definitiva; obviamente, por su propia naturaleza, será definitiva sólo en casos excepcionales, cuando las circunstancias del contexto anticipan su extinción como persona jurídica.

No caben muchas reflexiones sobre las modalidades de la prohibición; parece, sí, conclusión necesaria prever el acompañamiento de esta pena con una medida de seguridad —v.gr., intervención judicial—, imprescindible para el control de su cumplimiento.

e) La pérdida de beneficios estatales.

En el contexto económico actual, la actividad empresarial, para su desarrollo, recurre permanentemente a los subsidios, beneficios tributarios, créditos, licitaciones y otros medios operativos. Es natural que el aprovechamiento distorsionado de tales mecanismos acarree su contrapartida; es decir, la decisión del Estado de recomponer el proceso normal del sistema económico y de las prácticas comerciales, neutralizando, al mismo tiempo, sus disfunciones.

La pena tiene parentesco próximo con la suspensión de actividades; sin embargo, no son idénticas: en la pérdida de beneficios el objetivo se focaliza en la relación empresa-Estado; en la suspensión, en cambio, se abarca todo el contexto en que la entidad se desenvuelve.

f) Publicidad de la sentencia.

En el ámbito del mercado, la publicidad de la sentencia, realizada a costa de la persona jurídica, genera efectos significativos, no sólo por la ejemplaridad de la sanción en sí misma, sino porque también importa una descalificación del agrupamiento societario; salvo que se trate de una multa intrascendente —cuya aplicación no es aconsejable—, en los demás casos la publicidad obra como una real agravante de la pena, aunque se la ubique como pena autónoma.

[36] Código español de 1995, art. 129, 1.d; Código francés, 135-39, 2º.

Es obvio que los medios para la difusión de la sanción son todos los que el lector conoce; prensa, audiovisuales, etc.; limitarlos significaría desconocer los avances técnicos en esta materia, por lo cual es lógico que se deje librado al criterio del juez la elección del mecanismo.

g) Prestaciones obligatorias.

Aunque pueda categorizársela como pena alternativa, la prestación obligatoria de servicios en determinadas circunstancias aparece como una sanción adecuada a los intereses públicos; no debemos olvidar que la presencia de un daño social reclama siempre la reparación.

Sin duda, este tipo de pena permite una amplia gama de modalidades si se toma en cuenta que la prestación está íntimamente conectada con la actividad habitual que realiza la empresa y con la posibilidad de reparación. Así, en materia de medio ambiente es factible establecer —como lo hace la reciente ley brasileña 9605 (12/2/1998)— la obligación de hacerse cargo de los costos de programas y proyectos ambientales, la ejecución de obras de recuperación en las áreas degradadas, el mantenimiento de espacios públicos y la entrega de contribuciones de distinto orden a las entidades protectoras del medio ambiente o culturales de carácter público. En la esfera de los delitos económicos, especialmente los que conciernen a la competencia —v.gr., monopolio—, la prestación puede consistir en la distribución gratuita a la población afectada de los productos que se encarecen o desaparecen como resultado del comportamiento delictivo o, en la fabricación y entrega de un producto similar a precio menor que el que habitualmente exhibía en el mercado.

h) Confiscación.

En el sistema penal tradicional la confiscación pertenece a la esfera procesal. Sin embargo, en nuestro esquema preferimos situarla como una pena más del catálogo. Si es

cierto que la confiscación de los instrumentos utilizados para el delito significa una medida precautoria, en el área de los delitos económicos y contra el medio ambiente el producto consecuencia del comportamiento puede cristalizarse tiempo después de la actividad delictiva; la requisición no recae ya sobre la cosa obtenida ilícitamente, sino sobre otro objeto posterior. Esta situación nos inclina a considerar la confiscación como una sanción correspondiente al juicio de reprobación; va de suyo que esta argumentación es válida también para los casos en que la cosa o el producto han desaparecido de la órbita de dominio de la persona jurídica condenada; en este caso, la sanción recae sobre los valores equivalentes.

B) *Las medidas de seguridad.*

Las medidas de seguridad también se hallan adecuadas, naturalmente, a las modalidades de la acción institucional. Los antecedentes conocidos[37] registran lineamientos diversos: se incluyen las medidas de seguridad en un capítulo especial (anteproyecto de Guatemala) o se las incorpora directamente como una de las penas (Código francés)[38].

La medida de mayor trascendencia consiste en el establecimiento de una vigilancia judicial de la actividad de la persona jurídica; se puede optar por la creación de un consejo de vigilancia especial, designado por el tribunal, por la designación de un mandatario *ad hoc* o dejar la modalidad puntual a elección del juez; obviamente, en cualquiera de los tres casos la tarea encomendada requiere una información periódica al tribunal sobre la conducta de la persona jurídica[39]. Parece innecesario aclarar que dentro de

[37] Anteproyecto de Guatemala, ya citado; Código francés.

[38] El Código español de 1995 las contempla como consecuencias accesorias (art. 129).

[39] Es obvio que el mandatario encargado del cumplimiento de la medida debe atenerse a un catálogo de facultades determinado por el juez

los objetivos de la medida se halla la salvaguardia de los derechos de los trabajadores y acreedores (Código español, art. 129, inc. *e*), ya que integran, por derecho propio, el fin corrector de la disfuncionalidad.

De entidad menor es el establecimiento de una auditoría periódica, pues el auditor no "convive" con los órganos de la empresa; obviamente, también en este supuesto se debe cumplir con el requisito de la información.

En tercer lugar, el tribunal puede determinar la obligación, por parte de la persona jurídica, de presentar los estados contables en plazos más abreviados que los requeridos por las obligaciones societarias; aquí, el control se realiza a través de los resultados y no de la acción funcional.

Por último, congruente con el contenido de la sanción que hemos explicado con la fórmula prohibición de determinadas actividades funcionales y operaciones, el tribunal puede establecer la necesidad de autorización judicial para el ejercicio de las atribuciones societarias.

Las cuatro medidas de seguridad propuestas deberán operar con una duración limitada; cumplido el plazo se deberá examinar el resultado antes de la decisión del levantamiento. Sólo en ocasiones excepcionales y cuando la conducta de la persona jurídica así lo indique podrá el tribunal prorrogar por otro período la vigencia de la medida de seguridad.

C) *Suspensión de la pena y medidas de seguridad. Sustitución.*

Problema común a las penas y medidas de seguridad es la posibilidad de decidir la suspensión de la sanción tomando en cuenta el resultado ya obtenido con su aplicación. Respecto de la pena, no cabe reparo alguno en aceptar, en caso de suspensión parcial de actividades, prohibición de determinadas actividades funcionales y operaciones

---

(conf. Philippe Delebeque, *Les sanctions de l'article 131, 9º*, en *La responsabilité des personnes morales*, ob. cit., p. 351).

o multa fraccionada, que el juez, a partir de los resultados verificados, deje sin efecto la resolución condenatoria; si la corrección de la disfuncionalidad se ha producido, parece obvio que la persona jurídica recobre la plenitud de sus actividades y poderes; no es otra cosa que el encuadramiento al principio de proporcionalidad ya mencionado.

Naturalmente, y con mayor razón, este beneficio se debe extender a las medidas de seguridad; sólo que en este supuesto el juez puede escoger otro camino: sustituír la medida dictada por otra más adecuada al fin corrector cuando así lo reclama el propio proceso de ejecución; la intercambiabilidad de las sanciones a que hicimos referencia aparece ahora, no en el momento de la sentencia, sino en una etapa posterior[40].

4. DETERMINACIÓN Y PERSONALIZACIÓN DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

En el derecho penal convencional, la utilización de estos dos conceptos no se ajusta a límites muy precisos; excedería el marco de este trabajo puntualizar cada una de las acepciones más en boga, pues lo que importa es acordar la significación que le asignamos en nuestro esquema.

La determinación, en sentido amplio, expresa la síntesis de la valoración de los distintos factores que confluyen

[40] Como advertirá el lector, excluímos del sistema el beneficio de la rehabilitación, de larga tradición en el derecho penal convencional. La rehabilitacion es lógica sólo cuando existe la inhabilitación, pena extraña a nuestro esquema. La inhabilitación se relaciona con la privación de un empleo o cargo o derechos determinados; sólo en el tercer caso podría ser acogida, pero, como hemos observado, la privación de derechos determinados está comprendida en la prohibición de realizar determinadas actividades funcionales y operaciones, sanción, que, se ha visto, puede ser favorecida con la suspensión. Obviamente, no nos referimos al tipo de juez de que habla Roberto Bergalli (*Hacia una cultura de la jurisdicción ideologías de jueces y fiscales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 41/43, ps 285 y ss).

en la decisión de aplicar una sanción; la determinación es sinónimo de decisión fundada. Pero también, al igual que en el sistema convencional, la síntesis debe ser realizada dentro del marco de un ordenamiento jurídico; la aplicación de la pena o medida de seguridad, o el acto de eximirlas, responde a criterios establecidos por la ley; lo que interesa en nuestro análisis es la llamada determinación legal y no su formulación genérica.

La determinación judicial aparece cuando el juez asume la tarea de seleccionar la pena o la medida de seguridad adecuada al caso concreto, estableciendo la modalidad operativa y las diversas fases de su cumplimiento. Este último ítem es el equivalente al concepto de personalización de la pena que el derecho penal tradicional estudia según la rúbrica de la individualización —vocablo que nosotros preferimos soslayar pues evoca una referencia a la persona física—, y que resume el criterio final adoptado frente a la persona jurídica; determinación judicial y personalización abarcan, entonces, idéntico contenido.

No obstante estos diferentes niveles, el concepto de determinación es unitario; los factores que concurren para la valoración están presentes, tanto en la consideración general (primer nivel), en el encuadramiento legal (segundo nivel) como en el aspecto más focalizado de la personalización (tercer nivel). Como veremos después, estos factores son de distinta naturaleza, carecen de homogeneidad, por lo cual resulta harto riesgoso el intento de clasificarlos dentro de un plan sistemático; reducido nuestro análisis a los dos niveles que aquí importan (determinación legal y determinación judicial), sólo podemos aspirar a una enunciación y, aun así, sin un baremo racional que permita establecer un orden de importancia o de gravitación. Tal vez el único criterio rescatable sea la división entre presupuestos de la determinación y factores de valoración. Entre los primeros se hallan el juicio de responsabilidad social y el marco penal; entre los segundos, el fin corrector de las penas, las medidas de seguridad, la conducta de la perso-

na jurídica en el marco económico y social y **el papel de la** víctima. Veamos estos rubros por separado.

A) *La responsabilidad social como presupuesto.*

En la doctrina dominante del derecho penal tradicional se afirma que la culpabilidad es el límite de la determinación de la pena; esta concepción, si bien es trasladable al papel que juega la responsabilidad social —sistema *ad hoc*—, no refleja exactamente la función que cumple esta categoría. En efecto, el juicio de responsabilidad social, amén de ser un límite, actúa fundamentalmente como presupuesto, como condicionante previo del proceso de determinación; sin esta infraestructura lógica, resulta impensable cualquier valoración sobre los factores que concurren en el momento en que se realiza la síntesis, anticipada en el comienzo de este apartado.

La calidad de presupuesto aparece diáfanamente en los casos de exención de pena; sin el juicio previo no existe posibilidad de eximir a la persona jurídica de la consecuencia. El límite, en cambio, tiene virtualidad parcial, presume siempre la existencia de una condena —aun la más insignificante—, simplemente porque no se puede definir una frontera en un terreno ausente (el ejemplo de la exención). Dicho de otro modo: el presupuesto es insoslayable, está siempre; el límite, en cambio, es inimaginable en aquellos casos en que ya hubo exención.

B) *El marco penal como presupuesto.*

Por marco penal deben entenderse no sólo las reglas insertas en cada uno de los tipos, sino también las disposiciones en torno de las facultades del juez: aplicación o exención, posibilidades de intercambiar las penas, las normas sobre la selección y todas aquellas que se refieran al soporte normativo de la sanción. En este sentido, construído un sistema legal, el marco penal constituye un referente

obligado (presupuesto), aunque es innegable que actúa al mismo tiempo como factor de valoración, pues dentro de su contorno deja un amplio campo a la especulación judicial.

Es cierto, además, como señala con inteligencia Patricia Ziffer[41], que el marco penal expresa por sí mismo una valoración de la proporcionalidad de la norma dentro del sistema, es decir, el rango de la respectiva norma imperativa o prohibitiva en el conjunto del ordenamiento social, pero este plano de apreciación está antes del espacio en que se maneja el juicio de ponderación; se hallará presente en cada acto de interpretación, pero no pertenece estrictamente al cómputo de factores de valoración.

Dentro del marco penal (derecho penal convencional) aparece inserto el planteo de las penas absolutas y relativas, la preferencia de unas u otras. En el sistema *ad hoc* —si hacemos el trasporte—, no nos cabe duda que salvo el caso ya citado de la cancelación de la personería en ciertos supuestos, es totalmente válida la afirmación de que deben predominar las relativas; las características de los comportamientos delictivos de las empresas, ámbito social en que se produce el impacto, exigen un campo flexible en el manejo del poder de discrecionalidad del juez; las decisiones no son silogismos simples, sino productos complejos, resultado de una verdadera labor de orfebrería, secuencia obvia de la naturaleza social del conflicto.

Dentro de este esquema del marco penal, es lógico que no se adopte un criterio rígido sobre la exclusividad, alternatividad o acumulación de penas y medidas de seguridad; salvo el caso de incompatibilidad, que emerge de la calidad de cada una de las sanciones —el ejemplo de la cancelación de personería junto con la suspensión parcial de actividades—, la composición final es un mecanismo exclusivo de la decisión judicial.

[41] Ob. cit., ps. 36 y ss.

Del mismo modo, sería incongruencia manifiesta acudir a la clásica división (derecho penal tradicional) de penas principales y accesorias o establecer la condicionalidad de la medida de seguridad respecto de la pena; el marco penal debe limitarse al catálogo de unas y otras sin predeterminar el juego entre ellas.

Cuestión distinta es la fijación de límites para cada una de las sanciones. El argumento fundamental para la determinación de un mínimo o de un máximo es la seguridad jurídica, es decir, la necesidad de un marco de contención para la valoración judicial; por supuesto que la existencia de una barrera hacia abajo o hacia arriba está conectada con la clase de sanción y la gravedad que la conciencia social les asigna a determinados delitos, pero la razón última del encorsetamiento es la exigencia de una frontera a la intervención del Estado. Fiel a la idea de afianzar un diseño especial, despejado de las pautas aplicables en el derecho convencional, creemos, por ejemplo, que en la multa es conveniente la utilización de un tope máximo para evitar el riesgo de una "pena capital" si el monto quedara librado a la indeterminación; en la suspensión parcial de actividades, amén del máximo, la incorporación del mínimo temporal resulta necesaria a efectos de neutralizar la frustración de la sanción que pudiera devenir de la aplicación de una suspensión brevísima; en las medidas de seguridad, es obvio que tratándose de verdaderos actos de control se requieren parámetros que atiendan a esta función: se impone la instalación de un mínimo y de un máximo[42].

C) *Los factores en la valoración.*

En el parágrafo anterior hemos subrayado la imposibilidad de realizar una clasificación precisa de los factores

[42] El Código francés de 1992 sigue también un criterio abierto. La multa registra solo el *maximum* (art. 131-38), la suspensión parcial establece un mínimo (5 años, art. 131-39, 2º); la exclusión del mercado, ídem

que concurren a la valoración; también hemos señalado que no son claramente identificables las fronteras entre ellos pues, como observaremos a seguidas, existen zonas de confluencia y puntos de entrecruzamiento, no obstante lo cual abordaremos los que a nuestro juicio son más decisivos.

a) El fin corrector de la pena y de la medida de seguridad.

Definimos ya su ubicación en la externalidad del sistema penal *ad hoc* y aludimos también a la categoría del daño social como parámetro indicativo de la disfuncionalidad provocada por el comportamiento disvalioso de la persona jurídica.

En la determinación de la pena, el fin corrector de la disfuncionalidad plantea un abanico de problemas; antes de decidir si la sanción es la más adecuada —no la más justa, como pretende el retribucionismo, sino la que más se aviene a la situación creada por el comportamiento delictivo—, es necesario, en primer lugar, verificar la clase del impacto causado por la acción, que ordinariamente se deriva de la clase de delito cometido; no es idéntico el daño social producido por un acto de monopolio respecto de un producto determinado que el que se origina en una explosión atómica.

En segundo término, es preciso arribar —naturalmente en términos relativos— a una cuantificación de ese daño que, como todos sabemos, es una operación íntimamente ligada con la anterior; el acto desviado de una corporación puede no conmover el desarrollo del macromercado, pero sí afectar los intereses de un grupo social o de un sector de la comunidad; es el ejemplo característico de la desocupación generada por una defraudación masiva cometida por la dirección de un banco, que lesiona los bienes de los empleados y ahorristas, situación diversa de la que se apre-

---

(art. 131-39, 5º) y las medidas de seguridad también un *minimum* (art. cit., 3º).

cia en la destrucción de un ecosistema forestal que conduce a la desertización de una región.

En tercer orden, se debe tomar en cuenta la posibilidad de reparar el daño o de reponer las cosas al estado anterior (reconstrucción); los fenómenos sociales son prácticamente irreversibles, el retorno a la normalidad de los procesos afectados es casi una quimera; en el mejor de los casos, una aproximación a las reglas de juego preexistentes; por eso, la elección de alguno de estos caminos y la viabilidad de un resultado positivo son parte del inventario de los factores que alimentan la determinación.

El fin corrector de la disfuncionalidad es hegemónico en el campo de actuación de las personas jurídicas; aun cuando reconociéramos la presencia de un fin preventivo *sui generis*, disuasivo, este factor es relativo, pues harto sabido es que las empresas reaccionan ante la posibilidad de una pena no por razones de temor o intimidación, sino por el cálculo de las ganancias o pérdidas, por las ventajas o desventajas; la irrepetibilidad que se pretende con la prevención tiene, por consiguiente, un alcance limitado.

Resulta esencial en el contenido del fin corrector, en la prognosis sobre la eficacia de la sanción, el cálculo sobre la conveniencia o no de la reinserción de la empresa. Este balanceamiento requiere, sin duda, una exhaustiva información previa, como cualquier construcción de un pronóstico; claro que en la mayor parte de los casos sólo los expertos pueden satisfacer esta exigencia y sólo con una aproximación aceptable; va de suyo que en el plano judicial la información acumulada requiere otras condiciones (externas) que no son intrascendentes a la hora de la síntesis valorativa: la independencia del juez —no olvidemos la presión de los intereses de gran magnitud que de modo directo u oblicuo intervienen cada vez que un grupo económico es afectado—, su formación técnico-científica, su mayor o menor proclividad a la defensa de los intereses sociales.

b) La conducta de la persona jurídica en el marco económico-social.

La persona jurídica, ya lo dijimos, es el ropaje de una empresa. Si formalmente la regulación normativa constituye un denominador común, las realidades que oculta son distintas. Cada empresa es una especificidad, con objetivos focalizados, organización particular y circularización distinta, según sean sus redes de conexión y su actividad productiva o meramente intermediaria. De aquí que al producirse el acto desviado la pena debe considerar no sólo la conducta presente, sino también el itinerario de su actuación precedente[43]; no se requiere excesiva perspicacia para advertir que en el mundo empresarial es claramente diferenciable el camino seguro y responsable del signado por el riesgo permanente y el manejo aventurero o poco escrupuloso. Aunque no se pretenda un catálogo exhaustivo de normas precisas, es evidente la exigencia de reglas mínimas a las cuales las corporaciones deben ajustar su actividad, especialmente cuando se trata de áreas en las cuales deben duplicar el cuidado (el ejemplo de la fabricación de productos medicinales, empresas que utilizan la energía atómica, etc.).

Es sabido que en el derecho penal ordinario la determinación de la pena acude al comportamiento del agente y su conducta anterior como factores de la decisión; pero el paralelismo es sólo aparente. En el desarrollo de la actividad empresarial los ingredientes personales de los directores confluyen en los resultados ya examinados en un capítulo anterior, se reproducen en un producto distinto: la voluntad social. También es diferente el contexto en que gravitan, tanto el microsocial como el macrosocial; de aquí que la interrelación entre la conducta de las personas jurí-

[43] Es superfluo, por lo tanto, discutir la introducción de la reincidencia; la categoría "conducta precedente" hace innecesario incorporar un factor perturbador en el sistema.

dicas y el marco en que actúan sea diversa de la que se aprecia entre la persona física y su entorno.

Las características de la persona jurídica contemporánea hacen que se borre inclusive el límite entre lo microsocial y lo macrosocial; en la actividad económica son los llamados grupos los que gravitan, y no los entes aislados; la mayoría de los delitos de gran dañosidad son cometidos por medio de organizaciones y redes de sociedades, en las cuales cada unidad asume una "función diversa". La actuación separada o la emprendida con la colaboración de otras es una circunstancia que debe ser computada al momento de definir al protagonista, pues son distintas las situaciones de riesgo en los dos casos; pensemos en el ejemplo tan actual de las sociedades trasnacionales que utilizan sus filiales de diversos países para la comisión de delitos que, sin duda, se diferencia del caso en que una empresa, dentro de un área geográfica determinada, lesiona el mercado de la competencia mediante un acto de concertación.

Cuestión relevante es la posibilidad de incluír dentro del rubro de la conducta de la persona jurídica su comportamiento posterior al acto desviado. Es bien conocido que en el sistema penal tradicional son dos las circunstancias que interesan: la reparación del daño y la actitud del autor durante el proceso judicial[44]. No corresponde discutir aquí los argumentos en pro y en contra de la acogida de los dos componentes; en nuestro esquema influye, sin duda, el hecho de que la decisión de la persona jurídica esté determinada sustantivamente por el interés económico. Tanto la reparación inmediata en el tiempo como el comportamiento durante el proceso pueden expresar un cálculo de utilidades en provecho de la empresa como también una renuncia a beneficios; parece razonable considerar ambas circunstancias por separado.

[44] Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 164.

En la determinación de la pena no se debe prescindir de factor alguno del contexto, aun cuando estrictamente no pertenezca al terreno intrínseco del hecho desviado; no debemos olvidar que para decidir la continuidad de una empresa es relevante la actividad desplegada con posterioridad al hecho delictivo; una repetición de la conducta —aunque fuera de magnitud reducida—, después de una denuncia pública, es vital para el juicio de determinación, con independencia de si configura un delito continuado o se trata de un hecho independiente. En este caso, la reparación aparece como uno de los aspectos del fin correctivo de la disfuncionalidad; es parte del inventario de factores que contribuyen a una valoración positiva y, obviamente, no debe ser descartada.

En cambio, el comportamiento durante el proceso judicial es un componente ajeno a la finalidad correctiva; se vincula con el ámbito de la defensa, con el derecho que tiene cualquier imputado a recurrir a diferentes estrategias para obtener la absolución o una mengua de la pena. Obviamente, ni la confesión ni ninguna otra actitud que tienda a favorecer su situación —válidas para las personas físicas— tienen conexión con el fin de la pena que se le impone a la persona jurídica, gobernada por otros parámetros.

Dentro del ítem de la reparación no se debe omitir la cuestión de quien la realiza o intenta la reconstrucción; es perfectamente imaginable la hipótesis de que, producida la acción delictiva y antes de la sentencia, una tercera empresa —naturalmente, del mismo grupo económico o vinculada por intereses comunes— se haga cargo de la reparación o reconstrucción.

Parece lógico que esta circunstancia deba ser tomada en consideración para la evaluación de la conducta de la persona jurídica actora; no se trata de eximir de la pena o reducirla simplemente por esta circunstancia, sino de ponderar la eventualidad de un cambio de sanción (v.gr., una medida de seguridad) que apunte al nivel primario del fin correctivo de la disfuncionalidad.

c) La víctima.

En las últimas décadas, la consideración de la víctima como factor determinante de la pena es tema ya incontrovertible en la doctrina; en nuestro terreno específico, la cuestión registra perfiles propios a partir de la naturaleza de los bienes jurídicos que son objeto de la lesión.

No se requiere mayor esfuerzo para advertir que en los delitos económicos o contra el medio ambiente uno de los problemas clave reside en la dificultad de identificar a la víctima; en el delito de monopolio las consecuencias de la acción institucional desaprobada afectan no sólo a las empresas competidoras en el mercado, sino también a los consumidores del producto o productos que motivan la concertación ilícita; en los actos de polución son tantas las víctimas alcanzadas por el comportamiento sancionado y tantas sus secuelas ulteriores, que la focalización resulta imposible; sólo queda el medio ambiente como objetividad definible. Y lo mismo puede afirmarse en el conocido ejemplo de la explosión atómica de pequeña magnitud que exteriormente no exhibe consecuencias. Son, en definitiva, los obstáculos que presenta la división entre consecuencias típicas y extratípicas del derecho penal convencional, que en este ámbito resultan factibles de detectar mediante la aplicación de las reglas de la imputación objetiva, ya examinadas en el capítulo anterior sobre responsabilidad social.

Este cuadro de situación no puede ser desconocido a la hora de determinar la pena y, más concretamente, de personalizarla; la supervivencia de la entidad actora o la decisión de otra sanción adecuada están unidas umbilicalmente a la clase de víctima, a la actividad funcional de ésta, cuando se trata de una empresa o ente económico —el ejemplo de una empresa que sucumbe como consecuencia de un acto de monopolio— o a las modalidades de su actuación, como es el caso del Estado-víctima que regula desprolijamente las obligaciones tributarias y facilita, de este modo, la realización de las defraudaciones.

Este último supuesto nos acerca inevitablemente a la posibilidad de incorporar, como parte de la valoración, la llamada cocausación del resultado, es decir, la contribución de la víctima, por su imprudencia, a la realización del resultado. Sin duda, también en nuestro esquema este componente juega un papel de atenuación en la decisión final; si en una negociación cambiaria una empresa defrauda a un banco aprovechando infracciones cometidas por este último, es obvio que la pena deba contemplar esta circunstancia, examinando el grado de repercusión de la actuación del banco en el comportamiento de la persona jurídica autora.

D) *La personalización de la sanción.*

Los factores esenciales para la determinación ya han sido considerados; como se dijo, no son exhaustivos; pero en la fase de la personalización aparecen otros ingredientes que se deben sumar a los esenciales y que pertenecen a las modalidades operativas de la aplicación de la sanción.

La personalización traslada al acto concreto la evaluación de los factores esenciales, pero al mismo tiempo tiene como finalidad concreta regular la forma o los mecanismos que se eligen como más eficaces para alcanzar la meta propuesta; dicho de otro modo: prolonga en el tiempo la vigencia de la resolución judicial.

La personalización importa un operativo múltiple: en primer término, la selección de la pena o medida de seguridad: si es conveniente la cancelación de personería, la multa u otra de las sanciones, si se debe aplicar exclusivamente una, o corresponde acumularla a otra, sea pena o medida de seguridad (obviamente, si la decisión no opta por la renuncia en atención a las circunstancias del caso).

En segundo lugar, figura como complemento necesario la determinación de la cuantía, sea el valor dinerario de la multa o la fijación del tiempo en las restantes.

En tercer término se debe considerar la cuestión del cumplimiento en dos niveles: en el primero, si la pena es efectiva o se suspende a resultas de ciertas condiciones; en el sistema *ad hoc* que propiciamos no se advierte inconveniente alguno para que, por ejemplo, la multa, una vez decidida, quede en suspenso hasta tanto se satisfagan determinados requerimientos. El segundo nivel es el que se refiere a las estrictas modalidades operativas de la pena o medida de seguridad en su faz de ejecución; las perspectivas del fin de corrección están íntimamente ligadas con la etapa de realización de la sanción; el menor desvío del itinerario trazado por el plan del decisor puede dar por tierra con la prognosis elaborada en torno de la posibilidad de "normalización". Si bien es exacto que esta etapa de ejecución pertenece a un ámbito temporal distinto, posterior, la consideración de estas circunstancias por anticipado converge con los demás componentes en el momento de la personalización.

Temática decisiva es resolver si el tramo de ejecución debe ser controlado por el propio juez que elaboró el juicio, por otro diferente o por la autoridad administrativa; nosotros nos pronunciamos por asignarle esta función al juez, pues es él quien está mejor compenetrado del conflicto y de las características de la entidad y, por ende, de la relevancia de las formas operativas adoptadas[45]; con mayor razón aún, si tomamos en cuenta que hasta su agotamiento pueden variar las modalidades de ejecución.

E) *La síntesis valorativa.*

Ya hemos señalado que los factores que confluyen en la valoración no se acumulan, sino que constituyen un plexo interpenetrado, en el cual la consideración de uno significa al mismo tiempo la ponderación de los otros. El fin corrector de la disfuncionalidad aparece en la multa, la suspen-

[45] Ziffer, ob. cit., p. 94.

sión de actividades, en la publicidad de la sentencia y en cada tramo previsto de la vigilancia judicial periódica. A la inversa, el examen de cada eslabón proyectado en una medida de seguridad toma en cuenta la conducta de vida de la empresa, la situación de la víctima, el fin corrector y los datos extraídos del marco penal. La determinación y la personalización son un proceso, como bien lo señala Patricia Ziffer[46], en el cual, para llegar a la conclusión final, se recorre cada una de las etapas de los distintos factores, se examina su especificidad y se los compacta en una valoración final; no es razonamiento unidireccional; cada uno de los eslabones es sometido, a su vez, a una especie de *"corsi e ricorsi"*, que modela y presiona sobre el juicio hasta la obtención del producto acabado.

En el ejemplo conocido de la multa, la decisión deberá considerar la magnitud proyectada como posible obstáculo para la marcha de la empresa, la significación sobre el destino del personal, los intereses externos afectados, la viabilidad de su cumplimiento o la conveniencia de reducir el monto, pero acompañada de la vigilancia judicial u otras medidas de seguridad previstas; inclusive, el razonamiento a partir del conglomerado de factores puede conducir a la sustitución de la sanción por una suspensión parcial de actividades si, verbigracia, ésta aparece como más adecuada en la circunstancia concreta. Ninguna duda cabe de que para resolver la ecuación la argumentación es la metodología que permite confrontar los pros y los contras[47], pero en el área de los conflictos protagonizados por las personas jurídicas es la impronta ideológica social la que más gravi-

[46] Ob. cit., ps. 93 y ss. La conveniencia de este criterio se advierte en la medida vigilancia judicial, si después del informe de la comisión el juez decide dejarla sin efecto en atención a que se han cumplido los fines correctores (reconversión de la situación). En el Código francés, es el juez de ejecución quien resuelve la cuestión (art. 31-46, 2º parágrafo).

[47] Ziffer, ob. cit., ps. 32 y 33. Para las críticas a la argumentación, Roberto Bergalli, *Contradicciones entre derecho y control social*, Ed. M. J. Bosch S.L., Barcelona, 1998.

ta, y esta condición hay que asumirla aunque no suene muy grato a los oídos de un sistema penal.

No se puede desconocer que en el esquema *ad hoc*, la síntesis valorativa es resultado de la discrecionalidad judicial, pero, tal como lo reconoce Jescheck, en referencia a la individualización, esta discrecionalidad "no es libre"[48]. Amén de la responsabilidad social y del marco penal como presupuesto, el juez debe computar obligatoriamente los factores que hemos analizado; en teoría, resulta inimaginable un sistema en que se tabulen exigencias para la actuación del juez si recordamos, una vez más, las características de las sanciones, el destinatario y los efectos sobre el ámbito en que operan, sobre todo, cuando no se trata de *un juicio sobre el presente sino, además, un pronóstico sobre* el futuro. Cuestión diferente es la arbitrariedad, cuyas fronteras y neutralización se deben resolver en el ámbito procesal mediante los mecanismos correspondientes (recaudos de la sentencia, recursos, etc.).

F) *Exención de pena, renuncia y suspensión de la conducta.*

Hasta aquí hemos abordado los conceptos de determinación y personalización de lo que podríamos denominar carga positiva, es decir, la aplicación de la pena o la medida de seguridad que acarrea la pérdida de derechos o la mengua del patrimonio de la persona jurídica. Pero en el plano conceptual se debe abarcar, también, lo que llamaremos, mediante cierto abuso del lenguaje, carga negativa o, dicho de otro modo, las consecuencias que favorecen a la autora en el juicio final.

Para evitar confusiones, recordemos que en el sistema *ad hoc* la exención de pena es sinónimo de absolución y pertenece a la esfera del juicio sobre la responsabilidad social; la persona jurídica surge indemne de la decisión judicial; no hay lugar para la pena o medida de seguridad.

[48] Jescheck, ob. cit., p. 788.

En el proceso de determinación, la valoración de los factores puede conducir también a la no aplicación de la pena o de la medida de seguridad, pero no ya como consecuencia del juicio, sino como un recurso útil para conseguir los fines de la corrección. Este acto de *renuncia* se funda en la conveniencia de no someter a la persona jurídica a un acto de restricción que frustraría el fin corrector de la disfuncionalidad. Es el ejemplo del desistimiento y de los perfiles específicos que exhibe la tentativa inacabada en la acción institucional, al cual nos hemos referido en el capítulo pertinente. Aquí es visible que la imposición de una pena aparece como contraindicada.

Debe quedar en claro que la renuncia a la pena no implica, necesariamente, la de la medida de seguridad; ésta puede quedar subsistente si las circunstancias lo aconsejan. Más aún, éste debe ser el criterio que gravite, puesto que si el interés económico es el motor que maneja las grandes corporaciones, los desistimientos ingresan, sin esfuerzo, en la esfera de la suspicacia; el control estatal siempre debe tener un resguardo.

En el derecho penal convencional se prevé un segundo sector de actuación de la renuncia de la pena; nos referimos a los delitos de bagatela, que por el escaso valor de injusto o la graduación menor de culpabilidad carecen de potencialidad para lesionar el bien jurídico. En nuestro diseño, este supuesto no queda incorporado, pues aun en los ejemplos de laboratorio resulta impensable un delito económico o contra el medio ambiente que registre un daño social intrascendente.

La renuncia a la pena no es una categoría válida para todas las penas proyectadas. La naturaleza de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad social debe ser congruente con el juicio; por exigua que sea la responsabilidad, el juez no puede decidir la exclusión de la pena si se desconoce la esencialidad de la sanción. Resultaría incoherente con los fines renunciar a la cancelación de personería, suspensión parcial o total de actividades, pérdida de los

beneficios estatales, la publicidad de la sentencia, prestaciones obligatorias y confiscación cuando la síntesis valorativa culmina en la necesidad de imponer un castigo; ningún perdón se justificaría racionalmente.

Sólo la multa de escasa relevancia escapa de tal exigencia; es la única pena que exhibe autonomía respecto del funcionamiento de la empresa; ingresa en el rubro de costos empresariales, pero no se conecta directamente con la supervivencia de la organización.

Idéntico razonamiento cabe para el segundo supuesto de carga negativa: la suspensión de la condena[49]. Las pautas para admitirla en la multa de escasa relevancia y negarla en las restantes penas son similares. La diferencia respecto de la renuncia, dentro del marco valorativo, es de grado; en la suspensión, la dosis de confianza en la empresa, en cuanto a su retorno a la normalidad, es menor, pero al igual que en el derecho convencional, se puede establecer un catálogo de condiciones para que ella sea acordada.

Aunque resulte un sobreentendido, la renuncia y la suspensión de las medidas de seguridad no tienen cabida en nuestro esquema; no se debe olvidar que ambas son contemporáneas con el acto que las decide, en tanto que la convicción de que el control debe cesar sólo puede surgir del funcionamiento material de las medidas; el rechazo se impone.

Hasta esta instancia, las cuestiones básicas. No se nos oculta que quedan muchos problemas sin resolver, contradicciones que superar y lagunas teóricas no detectadas por nosotros. Como decimos en el prólogo, el abordaje de las penas y medidas de seguridad —como las restantes categorías del sistema *ad hoc*— tienen aspiraciones de ensayo, no de modelo terminado; son una plataforma para la futura discusión, un punto de partida para la polémica. Si el lector así lo entiende, nuestros anhelos quedarán colmados.

[49] Es obvio que esta suspensión nada tiene que ver con la suspensión del proceso penal a prueba, mecanismo que no tiene acogida, por otra parte, en el sistema *ad hoc*, como ya habrá imaginado el lector.